

UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



TESIS

**“LA DESNATURALIZACIÓN DE LA INSTITUCIÓN DE
LA PATRIA POTESTAD POR EL EJERCICIO DE LA
TENENCIA POR PARTE DE LOS ABUELOS”**

Presentada por:

Br. RAYMA LIZET ZAPATA RUIZ

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO**

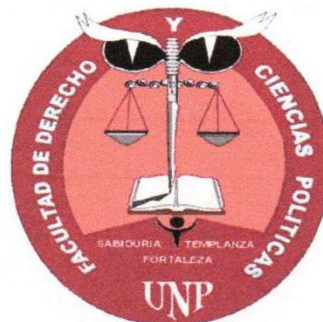
**Línea de Investigación
LEGISLACIÓN Y CIENCIAS POLÍTICAS**

**Sub Línea de Investigación
DERECHO CIVIL: NUEVAS TENDENCIAS**

**PIURA – PERÚ
2019**

UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



TESIS

**“LA DESNATURALIZACIÓN DE LA INSTITUCIÓN DE
LA PATRIA POTESTAD POR EL EJERCICIO DE LA
TENENCIA POR PARTE DE LOS ABUELOS”**

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Bach. RAYMA LIZET ZAPATA RUIZ
Ejecutor

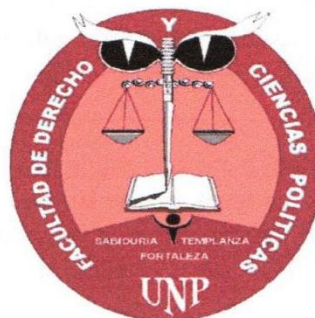
Mg. JACQUELINE A. SARMIENTO ROJAS
Asesora

**Línea de Investigación Institucional:
Legislación Y Ciencias Políticas**

**Sub línea de Investigación:
Derecho Civil: Nuevas Tendencias**

**PIURA – PERÚ
2019**

UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



TESIS

**“LA DESNATURALIZACIÓN DE LA INSTITUCIÓN DE
LA PATRIA POTESTAD POR EL EJERCICIO DE LA
TENENCIA POR PARTE DE LOS ABUELOS”**

TESIS REVISADA Y APROBADA POR EL JURADO

Dr. Roberto Palacios Márquez
Presidente

Dr. Deiver Vilcherrez Vilela
Miembro

Mag. Guillermo Cevallos López
Miembro

PIURA – PERÚ
2019



UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
UNIDAD DE INVESTIGACIÓN



"AÑO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD"

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS
090-UI-FDCCP-UNP-2019

Los miembros del Jurado Calificador que suscriben, reunidos para evaluar la Tesis titulada "**LA DESNATURALIZACIÓN DE LA INSTITUCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD POR EL EJERCICIO DE LA TENENCIA POR PARTE DE LOS ABUELOS**" presentada por la Bachiller **ZAPATA RUIZ RAYMA LIZET** para optar el Título Profesional de Abogado, con el asesoramiento de la Dra. Jacqueline Sarmiento Rojas; oídas las observaciones y respuestas a las preguntas formuladas y, de conformidad al Reglamento de Tesis para la obtención del Título Profesional, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, la declaran:

APROBADA (X)

DESAPROBADA ()

Con la mención de:

Bueno

- () En consecuencia, queda en condición de ser ratificada por Consejo de Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Piura y recibir el Título Profesional de Abogado.
- () En consecuencia, queda en condición de ser ratificada por el Consejo Universitario de la Universidad Nacional de Piura y recibir el Título Profesional de Abogado, después de que la sustentante incorpore las sugerencias del Jurado Calificador.

Piura, 08 de diciembre de 2019

DR. ROBERTO PALACIOS MARQUEZ
PRESIDENTE

DR. DEIVER VILCHERREZ VILELA
SECRETARIO

MAG. GUILLERMO ENRIQUE CEVALLOS LOPEZ
VOCAL

DEDICATORIA

A Cristina y Félix, por su apoyo incondicional e invaluable, por enseñarme a perseguir mis sueños.

A Mary, Frank y Harvey por mostrarme cuales son mis errores y ayudarme a superarlos, por enseñarme que puedo ser mejor cada día, y que en algunas ocasiones puedo mostrarles el camino hacia un futuro mejor.

AGRADECIMIENTO

Al esfuerzo conjunto de todos mis maestros de la Universidad Nacional de Piura, en especial a la Dra. Jacqueline Sarmiento R. por guiarme con paciencia y disciplina en mi investigación.

INDICE GENERAL

DEDICATORIA	V
AGRADECIMIENTO	VI
INDICE GENERAL	VII
INDICE DE TABLAS	X
INDICE DE GRÁFICOS	X
INDICE DE ANEXOS.....	X
RESUMEN.....	XI
ABSTRACT	XII
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO I: ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA.....	15
1.1 DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA.	15
1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	15
1.2.1 Problema General: ¿Se produce la desnaturalización de la institución de la patria potestad cuando los abuelos ejercen la tenencia de sus nietos, bajo el argumento de la supremacía del interés superior del niño?	15
1.2.2 Problemas Específicos: ¿Cuál es el criterio idóneo para ponderar la tenencia de las niñas, niños y adolescentes cuando hay conflicto entre progenitor y abuelos?	15
1.3 JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN	15
1.3 OBJETIVOS	16
1.3.1 Objetivo General:	16
1.3.2 Objetivo Específico:.....	16
1.4 DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.	16
1.4.1 Delimitación Espacial:	16
1.4.2 Delimitación Temporal:.....	16
1.4.3 Delimitación Económica:	16
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	17
2.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.	17
2.2 BASES TEÓRICAS.	17
2.2.1 Patria Potestad.....	17
2.2.2 Tenencia	18
2.2.3 Principio Del Interés Superior Del Niño	19

2.2.4 La Tutela.....	20
2.3 GLOSARIO DE TÉRMINOS BÁSICOS.....	21
2.4 MARCO REFERENCIAL.....	23
2.4.1. La Patria Potestad.....	23
2.4.1.1. Definición.....	23
2.4.1.2. Características.....	24
2.4.1.3. Titularidad y Ejercicio de la patria potestad.....	26
2.4.1.4 Naturaleza jurídica de la Patria Potestad.....	27
2.4.1.5. Contenido de la patria potestad: Derechos y Deberes	29
2.4.1.6 Suspensión y Extinción de la patria potestad	31
2.4.2 La Tenencia Como Atributo De La Patria Potestad.....	35
2.4.2.1 Definición.....	35
2.4.2.2. Clasificación	37
2.4.2.3 El proceso de Tenencia en el Derecho Peruano	40
2.4.2.4. Diferencia entre la patria potestad y la tenencia.....	46
2.4.2.5. Diferencia entre la tenencia y la custodia	47
2.4.3. Régimen de Visitas	48
2.4.3.1 Definición.....	48
2.4.3.2 Titulares del derecho de visitas	49
2.4.3.3 Finalidad del Régimen de Visitas	50
2.4.3.4 Régimen de Visitas: Interés Superior del Niño	50
2.4.4 El Equipo Multidisciplinario	50
2.4.4.1 Atribuciones	51
2.4.4.2 Importancia.....	51
2.4.5 Principio Del Interés Superior Del Niño	52
2.4.5.1. Análisis Normativo del Principio del Interés Superior del Niño	53
2.4.5.2. Análisis Doctrinal del Principio del Interés Superior del Niño	57
2.4.5.3. Análisis Jurisprudencial del Principio del Interés Superior del Niño.	63
2.4.6 La Tutela Como Institución Excluyente De La Patria Potestad	66
2.4.6.1 Definición.....	66
2.4.6.2 Fundamento	67
2.4.6.3 Características.....	67
2.4.6.4 Regulación de la tutela.....	70
2.4.6.6. Clasificación	71
2.4.6.7. Personas que pueden ser tutores	72

2.4.6.8 Ejercicio	73
2.4.6.9 Extinción	75
2.4.7. La Guarda	76
2.4.7.1. Definición.....	76
2.4.7.2 Regulación.....	77
2.4.7.3 Características.....	78
2.4.7.4. Naturaleza.....	78
2.5 HIPÓTESIS.....	79
2.5.1 Hipótesis General	79
2.5.2 Hipótesis Específica	79
CAPITULO III: MARCO METODOLÓGICO	80
3.1 ENFOQUE	80
3.2 DISEÑO	80
3.3 NIVEL	80
3.4 TIPO	80
3.4. SUJETOS DE LA INVESTIGACIÓN	80
3.4.1 Universo	80
3.4.2 Población	80
3.4.3. Muestra.....	81
3.5 MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS	81
3.6 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS	82
3.7 ASPECTOS ÉTICOS	83
CAPITULO IV: PROBANZA DE HIPÓTESIS	84
4.1 PROBANZA JURÍDICO SOCIAL-DOCTRINAL	84
4.1.1 Análisis Doctrinal y Jurisprudencial de la desnaturalización de la Patria Potestad como institución familiar.	84
4.1.1.1 Análisis Doctrinal	84
4.1.1.2 Análisis Jurisprudencial	90
4.1.2 Análisis de las consecuencias prácticas en el contexto del Ejercicio de la Tenencia por parte de los abuelos.	96
4.1.2.1 Resultados del Instrumento de Aplicación: Entrevista a Jueces de Juzgados de Familia de los Distritos de Piura, Castilla y Catacaos.	98
ANEXOS.....	108

INDICE DE TABLAS

Tabla 1: Jueces que revisaron casos de tenencia planteados por abuelos	98
Tabla 2: Porcentaje de casos en que se otorgó la tenencia a los abuelos	99
Tabla 3: Criterios para resolver el caso.....	100
Tabla 4: Sobre la idoneidad de la solicitud de tenencia planteada por los abuelos	101
Tabla 5: Sobre si está de acuerdo con la jurisprudencia que favorece a los abuelos	102
Tabla 6: Sobre la potencial generación de predictibilidad en el derecho.....	103
Tabla 7: Sobre la posibilidad de que la tutela quede en desuso	104
Tabla 8: sobre la potencial desnaturalización de la Patria Potestad	104

INDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 1: Porcentaje de jueces que revisaron casos de tenencia plantados por abuelos	99
Gráfico 2: Porcentaje de casos en que se otorgó la tenencia a los abuelos	99
Gráfico 3: Porcentaje de criterios utilizados para resolver el caso	100
Gráfico 4: Porcentaje sobre la idoneidad de la solicitud de tenencia planteada por los abuelos.....	101
Gráfico 5: Porcentaje sobre si está de acuerdo con la jurisprudencia que favorece a los abuelos.....	102
Gráfico 6: Porcentaje de la generación de predictibilidad en el derecho	103
Gráfico 7: Porcentaje de la posibilidad del desuso de la tutela	104
Gráfico 8: Porcentaje de una potencial desnaturalización de la patria potestad.....	105

INDICE DE ANEXOS

Anexo 1: Formato de Entrevista	108
Anexo 2: Matriz Básica de Consistencia.....	109
Anexo 3: Cronograma de Actividades	111
Anexo 4: Presupuesto.....	113

RESUMEN

La presente investigación se justifica en el hecho de advertir la desnaturalización de la institución de la patria potestad, en el momento en que se ha permitido a nivel jurisprudencial, otorgársele a otros parientes, como los ascendientes, que es el caso de los abuelos, la tenencia, cuyo derecho era de ejercicio exclusivo de los padres, más aún si no existe una extinción o suspensión de la patria potestad de los mismos.

El problema se suscita, cuando el padre o madre supérstite, no es el mejor referente para convivir con el niño, es ahí donde surge la figura de los abuelos; quienes, en la mayoría de los casos, se han hecho cargo del cuidado del menor y pugnan por adquirir la tenencia de sus nietos. No obstante; nos planteamos la siguiente pregunta: ¿es correcto extender la tenencia del niño a otros parientes; sin antes haber suspendido o extinguido la patria potestad de alguno de sus progenitores? Y de otorgarse la tenencia ¿Pueden los abuelos ejercer la tutela declarada judicialmente y a la vez la tenencia del menor?

Ante tal situación problemática, somos de la opinión que todo ello es factible de cambio, sin dejar de amparar y garantizar los derechos a los que tienen lugar los niños, niñas y adolescentes plasmados en nuestra legislación nacional y supranacional, de manera que la figura de la tenencia no se perjudique en su esencia, ni haya lugar a modificar las instituciones del Derecho de Familia bajo el argumento de la supremacía del Principio del Interés Superior del Niño. Pues conforme al análisis de la investigación, dentro de los últimos años, la jurisprudencia no solo se ha orientado por inaplicar los artículos del Código Civil y el Código de Niños y adolescentes referidos a la detentación exclusiva de la tenencia por parte de los padres, sino que, además han otorgado la tenencia y la vez la tutela a los abuelos, trayendo como consecuencia la modificación de esta tan importante institución familiar y con el tiempo, el potencial desuso de la tutela.

Palabras Clave: Patria Potestad, Tenencia, Abuelos

ABSTRACT

The present investigation is justified in the fact of notifying the denaturalization of the institution of parental authority, at the moment in which it has been allowed at jurisprudential level, to be granted to other relatives, such as ascendants, which is the case of grandparents, possession, whose right was the exclusive exercise of the parents, especially if there is no extinction or suspension of parental rights.

The problem arises, when the surviving father or mother is not the best reference to live with the child, that is where the figure of grandparents arises; who, in most cases, have taken care of the child and struggle to acquire possession of their grandchildren. However; we ask ourselves the following question: is it correct to extend the child's tenure to other relatives; without having previously suspended or extinguished the parental rights of any of its parents? And if the possession is granted, can the grandparents exercise the judicially declared guardianship and at the same time the possession of the minor?

Faced with such a problematic situation, we are of the opinion that all this is feasible for change, while continuing to protect and guarantee the rights to which children and adolescents embodied in our national and supranational legislation take place, so that the figure of tenure is not prejudiced in its essence, nor is there any place to modify Family Law institutions under the argument of the supremacy of the Principle of the Best Interest of the Child. Well, according to the analysis of the investigation, in recent years, the jurisprudence has not only been oriented to inapplicate the articles of the Civil Code and the Code of Children and adolescents referred to the exclusive retention of tenure by parents, but that, in addition, they have granted tenure and, at the same time, guardianship to grandparents, resulting in the modification of this important family institution and, over time, the potential disuse of guardianship.

Keywords: Homeland, Tenure, Grandparents

INTRODUCCIÓN

A manera de introducción podemos decir que esta investigación **“LA DESNATURALIZACIÓN DE LA INSTITUCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD POR EL EJERCICIO DE LA TENENCIA POR PARTE DE LOS ABUELOS”**, tiene por finalidad analizar la problemática del otorgamiento de la tenencia de los niños, niñas y adolescentes, a los abuelos, atendiendo que en la práctica y conforme a la casuística que se analizará, son muchas las causas resueltas cuyo fallo ha sido a favor de dichos parientes; pese a que en nuestra legislación, la tenencia solo puede ser ejercida por los padres.

Desde una perspectiva jurisprudencial, podemos observar que gran parte de la casuística muestra dicha problemática. Es típico el caso en el que el abuelo solicita ejercer la tenencia del niño a raíz de que su madre falleció y el padre nunca vivió con él. En este caso, muchos de los magistrados resuelven concediéndole la tenencia y la tutela al abuelo; fundamentándolo en virtud del interés superior del niño y en base al artículo 8 ° del Código del Niño y del Adolescente, por el cual tiene derecho a no ser separado de su familia natural. Nótese que se le otorga el ejercicio de la tenencia – atributo de la patria potestad y por ende; derecho exclusivo de los progenitores o padres legales -, y a la vez; la tutela, institución excluyente a la patria potestad.

El problema se suscita, cuando el padre o madre supérstite, no es el mejor referente para convivir con el niño, es ahí donde surge la figura de los abuelos; quienes, en la mayoría de los casos, se han hecho cargo del cuidado del niño y pugnan por adquirir la tenencia de sus nietos. No obstante; nos planteamos la siguiente pregunta: ¿es correcto extender la tenencia del niño a otros parientes; sin antes haber suspendido o extinguido la patria potestad de alguno de sus progenitores? Y de otorgarse la tenencia ¿Pueden los abuelos ejercer la tutela declarada judicialmente y a la vez la tenencia del niño?

Teniendo en cuenta el párrafo precedente, estamos convencidos que; los recientes pronunciamientos de nuestra judicatura, en favor de extender el ejercicio de la tenencia a otros parientes, tales como los abuelos, enervan la clásica institución familiar de la patria potestad; generando como consecuencia, su desnaturalización.

Al advertir la problemática por la que se está atravesando; es necesario plantear una alternativa de solución, cuya finalidad sea la de brindar protección y cuidado a los menores sin tener que colisionar con la normativa de la patria potestad, garantizando así, el desarrollo integral del niño.

Es pertinente recordar que el camino correcto para que otros parientes puedan cuidar de un niño es invocando la tutela, conforme al artículo 502 del Código civil, para ello será necesario que se declare judicialmente la suspensión o extinción de la patria potestad del padre. Sin embargo, si el progenitor, no estuviera incurso en dichas causales, surge la institución denominada “guarda”, cuya finalidad es la de custodiar o vigilar a los menores para efectos de prodigarles los cuidados que ellos requieran. Si bien es cierto; que dicha institución no está regulada de forma expresa en nuestra legislación nacional, si podemos encontrar concordancia con el artículo 5° de la Convención sobre Derechos del Niño, en donde se reconoce que el cuidado de un niño no solo recae en los padres sino en cualquier persona o pariente que tenga dicha responsabilidad. Téngase en cuenta, que no se trata de ejercer el derecho – deber de tenencia, sino de una mera vigilancia.

Mediante la investigación; se llegará a la conclusión que los parientes como los abuelos no pueden solicitar la tenencia de sus nietos dado que aquella es inherente al progenitor o al padre legal.

Se ha creído conveniente dividir la presente investigación en los siguientes capítulos que comprenden: capítulo I se desarrollará los aspectos de la problemática, en el capítulo II nos ocuparemos del Marco teórico que a su vez se subdivide en el tratamiento de las instituciones jurídicas, tales como: la familia en el Perú como aspecto elemental de la investigación; la patria potestad y sus atributos como institución fundamental familiar; la tenencia como atributo exclusivo de la patria potestad; el principio de Interés superior del niño, la tutela como institución excluyente de la patria potestad, la guarda como figura introducida por la Convención sobre los Derechos del Niño, y finalmente, el análisis doctrinal y jurisprudencial de la patria potestad como institución familiar, que forman parte del índice de contenido. En el Capítulo III Marco metodológico y por último capítulo IV Probanza de Hipótesis.

La Autora

CAPÍTULO I: ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA

1.1 DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA.

En la actualidad existen muchos hogares disfuncionales que presuponen padres separados o familias monoparentales en donde solo uno de los padres ejerce la tenencia del menor. Dentro de este contexto, situémonos en el caso en que el niño queda al cuidado de los abuelos a raíz del deceso de la madre y se pone de manifiesto una confrontación entre el padre y los abuelos, por la tenencia del niño. Muchos de estos casos han sido resueltos por nuestros magistrados, otorgándoles la tenencia a los abuelos, sin embargo; somos de la opinión que ello conlleva a la desnaturalización de la institución. Pues, como todos sabemos; la tenencia como atributo de la patria potestad, es consustancial a los padres, consagrándose como un derecho exclusivo de los progenitores o padres legales, según sea el caso.

Debemos enfatizar que la patria potestad y, por ende, sus atributos, es una consecuencia de la filiación, un sistema de protección, cuidado y asistencia física y moral del niño y un medio de suplir la incapacidad del menor. Asimismo, recordemos que el anterior código de los Niños y Adolescentes de 1992, consideraba que la tenencia podía ser solicitada por terceras personas que tengan legítimo interés. No obstante, ello fue cambiado por el actual código, lo cual quiere decir que, al ser derogada dicha disposición, es porque se consideró que no era acorde con la institución de la tenencia.

Bajo este breve análisis de la problemática, nos formulamos la siguiente pregunta: **¿Se produce la desnaturalización de la patria potestad cuando los abuelos ejercen la tenencia de sus nietos?**

Consideramos que lo que viene esbozando la jurisprudencia al otorgar la tenencia a los abuelos contraviene ésta importante institución familiar y ello podría acarrear consecuencias adversas.

1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1 Problema General: ¿Se produce la desnaturalización de la institución de la patria potestad cuando los abuelos ejercen la tenencia de sus nietos, bajo el argumento de la supremacía del interés superior del niño?

1.2.2 Problemas Específicos: ¿Cuál es el criterio idóneo para ponderar la tenencia de las niñas, niños y adolescentes cuando hay conflicto entre progenitor y abuelos?

1.3 JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN

Esta investigación se justifica en el hecho de advertir la desnaturalización de la institución de la patria potestad, en el momento en que se ha permitido nivel jurisprudencial, otorgársele a otros parientes, como los ascendientes, que es el caso de los abuelos, la tenencia, cuyo derecho era de ejercicio exclusivo de los padres, más aún si no existe una extinción o suspensión de la patria potestad de los mismos. Somos de la opinión que esta situación es factible de cambio, sin dejar de amparar y garantizar los derechos a los que tienen lugar los niños, niñas y adolescentes plasmados en nuestra legislación nacional y supranacional, de manera que la figura de la tenencia no se perjudique en su esencia.

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 Objetivo General: Determinar si se produce la desnaturalización de la institución de la patria potestad cuando se les otorga a los abuelos la tenencia de sus nietos a fin de reconocer si es factible que pueda ser extendida a otros parientes que no sean los padres.

1.3.2 Objetivo Específico: Analizar cuál es el criterio idóneo para ponderar la tenencia de las niñas, niños y adolescentes cuando hay conflicto entre progenitor y abuelos.

1.4 DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.

1.4.1 Delimitación Espacial: La investigación se encuentra delimitada al análisis de los atributos de la institución de la patria potestad en concordancia con el Código del Niño y el Adolescente y la Convención sobre los Derechos del Niño y la transgresión a la naturaleza de la misma, que trae consigo las posturas adoptadas por el Pleno Jurisdiccional Distrital en materia de Familia de Lima Este.

1.4.2 Delimitación Temporal: Si nos ubicamos en el tiempo, se hace referencia al año 2006 en que por primera vez encontramos sentencias cuyo fallo es favorable a los abuelos, así como sus implicancias en la actualidad.

1.4.3 Delimitación Económica: Esta delimitación está supeditada a que los recursos son por cuenta propia del investigador.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.

DE LA FUENTE - HONTAÑON (2018) En el artículo: “*En Interés Superior del Niño y el derecho de los abuelos a la tenencia y custodia de los nietos, a propósito del acuerdo adoptado en el Pleno Jurisdiccional de Lima Este en materia de Familia*”, llega a la conclusión que el acuerdo adoptado mediante el Pleno Jurisdiccional, se trata de una decisión acertada porque cuando los abuelos soliciten la tenencia y custodia de los nietos, de manera excepcional, deberá primar siempre el interés superior del niño, en busca de su beneficio y de su estabilidad tanto psíquica como física, según la autora, no cabe duda que ésta medida beneficiará a muchos menores, que en atención a los crecientes problemas familiares, tienen a los padres separados y que además se ha probado que no son las personas adecuadas para convivir con los hijos y hacerse cargo de ellos.

BARBOZA SANCHEZ (2016) En su tesis de Pregrado: “*La tenencia a los abuelos: Implicancias Jurídicas y sociales en el distrito judicial de Lima Norte 2009 – 2013*”. Su investigación tiene como objeto analizar el tratamiento de los casos de tenencia a los abuelos por parte de los órganos jurisdiccionales, así como también sociales. El propósito de su trabajo se enmarca en proteger el bienestar del niño, cuando los padres no son el mejor ejemplo para hacerse cargo de ellos.

DUEÑAS TRIVIÑOS (2016) En su tesis de postgrado: “*Otorgamiento de tenencia de niño y adolescentes a personas distintas a los padres*”. El autor analiza desde el punto de vista jurídico la procedencia del otorgamiento de la tenencia de los niños y adolescentes a personas distintas que los padres, permitiendo conjugar la tutela y tenencia y determinar si la tenencia de niños y adolescentes es derecho exclusivo de los padres, concluyendo sobre la procedencia del otorgamiento de la tenencia a los abuelos.

2.2 BASES TEÓRICAS.

2.2.1 Patria Potestad

Las situaciones familiares tienen que ver con valores, principios, en la forma como queremos que la familia se desenvuelva; la consideración, apoyo y respeto son muy importantes porque implica el principio de reciprocidad, si los progenitores dan buenos cuidados atienden de forma adecuada los hijos también deben tener respeto y en un determinado momento salvaguardar los principios básicos de la familia. (ARCANA SAMILLAN, 2018)

En palabras de (BERMUDEZ TAPIA, 2012) la patria potestad es “*el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de estos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado*”. Ello encuentra su respaldo en el artículo 418° del Código Civil¹ (PLACIDO VILCACHAGUA, 2002) en su libro

¹ Artículo 418° CC: Por la patria potestad, los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores.

“Manual de Derecho de Familia” señala que la patria potestad es una función reflejo del deber de los padres de educar y de mantener a sus hijos y de protegerlos en sus intereses pecuniarios mientras son menores de edad, reconociéndosela como institución establecida en beneficio de éstos, en ella está estrechamente conexos el interés del estado y el de la familia, por lo que la misión encomendada al padre asume un carácter de importancia social, del que deriva la peculiar naturaleza de orden público que revisten las normas sobre patria potestad, cuyo contenido no puede ser objeto de pactos privados, dirigidos a modificar las relaciones, las atribuciones y los efectos y la imposibilidad por parte de los padres de renunciar al poder a ellos conferido por la ley. Lo manifestado por el autor tiene su fundamento en el artículo 6° de nuestra Constitución²

La titularidad de la patria potestad corresponde, en principio a ambos padres. Como consecuencia de esa determinación se les atribuye a los padres el conjunto de deberes-derechos, que son el contenido de la patria potestad (PERALTA ANDÍA, 2003). Por lo tanto, la patria potestad es una consecuencia de la filiación, un sistema de protección, cuidado, asistencia física y moral, así como un medio de suplir la incapacidad del hijo.

Por otro lado, el Código de Niños y Adolescentes establece en su artículo 74° los deberes y derechos de los padres en el ejercicio de la patria potestad.

Los principios que informan la patria potestad son los siguientes: El principio de primacía del interés superior del hijo, y el respeto de su personalidad, como medida del trato y la educación que ha de recibir. Además, podremos decir que *“dicha institución está sometida a la intervención y vigilancia judicial. Es árbitro en muchos aspectos de las relaciones paterno filiales, con una amplia autorización para ordenar las medidas oportunas cuando el hijo se halle en peligro con que progenitor quedarán los hijos menores de edad en los casos de separación de hecho y a falta de acuerdo de los padres”*³ (DE LA FUENTE - HONTAÑÓN, 2018). El juez siempre con un criterio de amplio resolverá lo que, en cada caso en concreto convenga más a la persona y a bienes del hijo.

Conforme a lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del niño (CND), la patria potestad debe ejercerse siempre en interés de los hijos, pero no hay que olvidar que la filiación impone deberes que son recíprocos (...) y aun cuando se trate de normas de carácter ético cuyo cumplimiento no puede ser exigido directamente, su incumplimiento puede dar lugar a sanciones civiles y penales (DE LA FUENTE - HONTAÑÓN, 2018).

Como podremos darnos cuenta la patria potestad encierra una serie de atributos que son reconocidos por todos los instrumentos antes mencionados, entre los cuales figura la tenencia.

2.2.2 Tenencia

Se trata de una institución que tiene por finalidad situar al niño bajo el cuidado de uno de los padres, cuando éstos se encuentran separados de hecho, en condiciones que resulten favorables al menor y en busca de su bienestar, esto es, teniendo como

² Artículo 6°CO: Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, y correlativamente, los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres.

³ Artículos 81°, 82° y ss. Del Código de Niños y Adolescentes

fundamento el interés superior del niño y del adolescente. Siendo estos sujetos de derecho se tiene que poner énfasis en su desarrollo integral. Es por ello que amerita mayor protección de parte de los jueces a la hora de tomar decisiones con respecto a la tenencia.

BELTRAN PACHECO (2009) señala que la tenencia es *“un tributo de la patria potestad, que se ejerce cuando los padres viven juntos y, por tanto ejercen sus derechos y deberes en armonía; y como institución propiamente dicha, cuando los padres no residen en el mismo domicilio y, por ende, solo uno de ellos puede vivir con su hijo o sus hijos, por lo que el legislador hoy en día reconoce dos clases de tenencia, con la finalidad de cautelar el derecho de todo niño de compartir con ambos progenitores en igualdad de condiciones”*

El Perú, como uno de los estados partes de la Convención sobre los Derechos del Niño⁴ deberá poner *“...el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño...”*⁵

Asimismo, el Código de los Niños y Adolescentes señala que *“cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia lo resolverá un juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente”*

Finalmente, la Sala de familia marcó la distinción entre la patria potestad y tenencia, señalando que: *(...) la patria potestad es el deber y el derecho que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores, ésta no puede ser materia de convenio, acuerdo o renuncia, por no constituir su ejercicio acto de disposición de los padres; que no debe confundirse la patria potestad con la tenencia, siendo ésta última atributo de la patria potestad, la cual si bien es cierto pueden ser materia de convenio, también lo es que dicho acuerdo, no tiene carácter de definitivo, por cuanto es variable al estar subordinado a lo que sea más conveniente al menor adolescente (...) sentencia citada por GARAY MOLINA (2009, Pág. 114)*

2.2.3 Principio Del Interés Superior Del Niño

El Comité de los Derechos del Niño incide en que el interés superior del niño es uno de los principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño; sin embargo, el Principio del Interés Superior del Niño no es nuevo en su aparición en el derecho internacional, es tributo del extenso uso que de este principio se ha hecho en los sistemas jurídicos nacionales, tanto de cuño anglosajón como de derecho codificado. Por lo que no se trataría de un nuevo concepto en el ámbito de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. En este sentido, el movimiento en defensa de los niños se concretó

⁴ Resolución 44/25 de la Asamblea General del 20 de noviembre de 1989

⁵ Artículo 18° Convención sobre los Derechos del Niño.

con la adopción de la Carta de los Derechos del Niño por la Sociedad de Naciones en 1924, por lo que a partir de ese momento empezaron a aparecer diversos documentos en los que la protección del niño se fue ampliando paulatinamente.

Así, en 1942, la Liga Internacional para la Educación Nueva elaboró en Londres una Carta de la Infancia, con la que se pretendía salvaguardar a los niños de las repercusiones de la Segunda Guerra Mundial, sin embargo, este documento no contó con mayor trascendencia internacional. Posteriormente, en 1959, luego de un proceso de discusión promovido por la Comisión de Asuntos Sociales y concluido por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, se aprobó la Declaración de los Derechos del Niño, la cual incide en que además de los derechos que le son reconocidos a todo ser humano, la comunidad internacional es consciente de la debilidad propia de los niños por lo que establece que necesitan una especial protección tanto antes como después de su nacimiento, lo que implica que los Estados asuman medidas legales que garanticen su protección.

Finalmente, ante la falta de determinación exhaustiva de los derechos del niño, así como de su carácter vinculante para los Estados parte de la Declaración de 1959, en el año 1978 Polonia presentó, ante la Comisión de Derechos Humanos, un proyecto de Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño. Solo hasta noviembre de 1989 fue aprobado el proyecto de Convención, el cual quedó abierto a la firma el 26 de enero de 1990.

La necesidad de proporcionar al niño una atención especial, ha sido referida en los documentos antes mencionados, no obstante, se expresa de manera aún más clara en la Convención sobre los Derechos del Niño. Para esta, la especial protección que se reconoce a los niños tiene como último objetivo. En este sentido, tanto el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar la protección necesaria de los derechos del niño.

En el Perú en 1992 se promulgó el Código de los Niños y los Adolescentes que derogó al entonces vigente Código de Menores de 1962. A través de este código se incorporó en nuestra legislación los nuevos conceptos y directrices sustentados en la nueva doctrina de la protección integral, superando a la anterior de la situación irregular del menor. El 21 de Julio de 2000 el Congreso de la República, mediante Ley N°27337, aprobó el Nuevo Código de los Niños y los Adolescentes en el cual se consagra una vez más el principio del interés superior del niño. Así en el artículo IX del Título Preliminar se encuentra regulado este principio, cuyo tenor refiere: " En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes, del Ministerio Público, Los Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el principio del Interés Superior del niño y del adolescente y el respeto a sus derechos".

2.2.4 La Tutela

Nuestro Código Civil, regula además algunas instituciones que implícitamente conllevan la tenencia del niño por personas distintas a los padres; como, por ejemplo, la tutela⁶.

⁶ Podemos encontrar: la tutela legítima (Artículo 506° del Código Civil), la tutela dativa (Artículos 508° y 509° del Código Civil), la tutela estatal (Artículo 510° del Código Civil), la tutela de menores en desprotección familiar (Artículo 511° del Código Civil)

La tutela es una institución del derecho de familia destinada a brindar amparo familiar que tiene aplicación en aquellos casos en los que el niño no está sujeto a patria potestad, ya sea porque no tiene padres o porque los mismos han perdido la patria potestad que les correspondía. El tutor es la persona encargada de cuidar la persona y los bienes del menor (NAVARRETE PEREZ, 2013).

El artículo 515° del Código Civil ha establecido una lista de aquellos sujetos que no pueden ser nombrados tutores, vinculados a sus condiciones personales o económicas, que puedan poner en riesgo la guarda del niño.

El tutor representa al niño en todos los actos civiles, excepto en aquellos que, por disposición de la ley, este puede ejecutar por sí solo. Lo anterior debido a que, la capacidad del niño bajo tutela es la misma que la del niño sometido a patria potestad.

La tutela se acaba por: la muerte del niño, cuando el menor cumple la mayoría de edad, o, por cesar la incapacidad del menor, conforme el artículo 46° del Código civil.

2.3 GLOSARIO DE TÉRMINOS BÁSICOS.

- **Tenencia:** La mera posesión de una cosa; su ocupación corporal y actual. (CABANELLAS DE TORRES, 1993)

La tenencia es una institución familiar que surge cuando los padres están separados de hecho o de derecho y tiene como finalidad establecer con quien se quedará el niño. Uno de los padres ejerce el derecho de tener a su hijo o hijos consigo. (DÁVILA BENDEZÚ, s.f.)

- **Patria potestad:** Es una situación jurídica que le corresponde solo a los padres mediante los cuales los mismos tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores. (NAVARRETE PEREZ, 2013)
- **Custodia:** Es un atributo inherente a la patria potestad. Se refiere al control físico que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados. (TORRES OJEDA & CHAVEZ SÓRGE, 1987)
- **Guarda:** La guarda legal es una figura jurídica que contempla la posibilidad de que una persona, denominada guardador, garantice la protección de la vida y los bienes de un menor. (INTERNATIONAL, 2013)
- **Tenencia Compartida:** Es la situación legal que se produce cuando ambos progenitores mantienen la guarda y la custodia de sus hijos menores de edad tras la ruptura de la pareja (ya sea por separación o divorcio). Cuando se otorga compartida, ambos progenitores mantienen igualdad de derechos y deberes con respecto a la crianza de sus hijos, permitiendo a ambos convivir con los hijos en periodos alternos según determine el juez. (GENERAL, s.f.)
- **Padre legal:** Aquel padre que no es el biológico. El padre legal es el hombre que la ley reconoce como el padre del niño. (ZAJAC, 2018)
- **Suspensión:** Interrupción de una situación o relación jurídica. (OSSORIO, 1974)

- **Extinción:** Cese, cesación, término, conclusión, desaparición de una persona, cosa, situación o relación y, a veces, de sus efectos y consecuencias también. (OSSORIO, 1974)

- **Colocación Familiar:** Paralelamente a la adopción, existen en el derecho comparado otras figuras técnicamente distintas, tales como el acogimiento familiar, la colocación familiar y la afiliación. (PASCO ARAUCO, 2013)

Aquella que, no siendo la familia de origen, acoge, por decisión judicial a un niño, niña o adolescente privado permanente o temporalmente de su medio temporal, ya sea por carecer de padre y de madre, o porque estos se encuentran afectados en la titularidad de la patria potestad o en el ejercicio de la responsabilidad de crianza. (SANTAELLA, 2017)

- **Pleno Jurisdiccional Distrital:** Constituyen reuniones de magistrados de la misma especialidad, de una, algunas o todas las cortes superiores de justicia del país, orientadas a analizar situaciones problemáticas relacionadas al ejercicio de la función jurisdiccional; con la finalidad que mediante su debate y posteriores conclusiones se determine el criterio más apropiado para cada caso concreto. (PODER JUDICIAL, 2019)

- **Legitimidad:** Condición de la acción. (MONROY GALVEZ, 1987). Se considera como un elemento que permite al juez emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia (sentencia de mérito); lo cual no significa que va a expedir una sentencia favorable al demandante. (VARGAS SOTO, 2013)

- **Tutela:** Es una institución del derecho de familia destinada a brindar amparo familiar que tiene aplicación en aquellos casos en los que el menor de edad no está sujeto a patria potestad, ya sea porque no tiene padres o porque los mismos han perdido la patria potestad que les correspondía. El tutor es la persona encargada de cuidar la persona y los bienes del menor. (NAVARRETE PEREZ, 2013)

- **Interés Superior Del Niño:** Es uno de los principios fundamentales que consagra el ordenamiento nacional e internacional a fin de otorgar una protección especial a los niños y adolescentes. Este principio se aplica en aquellos casos en los que se presente un conflicto entre los derechos e intereses de un niño o adolescente y los de un adulto- incluidos los padres-, una institución o el propio estado, y determina que en todas estas instituciones siempre deberá prevalecer los derechos e intereses de los primeros. (TOMAYLLA ROJAS, 2013)

- **Proceso:** Coordinada sucesión de actos jurídicos derivados del ejercicio de un acto procesal y que tiene por objeto obtener una decisión de índole jurisdiccional. (REBAZA MARTELL, Alejandro; CRUZ SANDOVAL, Gonzalo y MALDONADO PEREZ, Jennifer, 2016)

2.4 MARCO REFERENCIAL

2.4.1. La Patria Potestad

En nuestros días, los problemas más comunes que se presentan en los juzgados casi siempre están relacionados con el Derecho de Familia. De hecho, es común que la mayoría de casos que se presentan tengan que ver con problemas de patria potestad, tenencia, alimentos y similares. En específico, los problemas suscitados dentro del ámbito familiar relacionados a la patria potestad y tenencia son los que más confusiones traen al común de la gente. Es por ello que en esta investigación se intentará dar una aproximación a la institución jurídica de la patria potestad, su relación y distinción con la tenencia, y las diferencias existentes entre la titularidad y ejercicio de la misma.

2.4.1.1. Definición

La conformación terminológica de esta institución viene del latín *patria potestas* o potestad del pater familia. el término patria potestad, proviene de raíces romanas, donde “patria” alude al pater familia y el término “potestad” denota dominio, poder, o facultad que se tiene sobre una cosa (INTERNATIONAL, 2013). Hoy en día se emplean de manera indistinta los términos patria potestad, autoridad paterna, autoridad paternal o relación parental (VARSI ROSPIGLIOSI, Tratado de Derecho de Familia, 2011).

Fue a partir del derecho romano que se comenzó a emplear el término de patria potestad. En sus inicios, en la antigua Roma, la potestad de los hijos era conferida al padre, el cual tenía un derecho sobre los hijos que era absoluto en el orden personal y patrimonial, aunque a medida que fue evolucionando este derecho, la patria potestad fue perdiendo su carácter absoluto y fue concebido más como un officium. Según el Ius Civile, la patria potestad se adquiría por el nacimiento en justas nupcias, por abrogatio y por adoptio. (DE LA FUENTE - HONTAÑON, 2018)

A partir de lo cual, debemos colegir, que se trata de una denominación que incorpora parcialmente su verdadero concepto, por cuanto la patria potestad, no sólo implica derechos o poderes del padre, sino es un conjunto de derechos y deberes que ejercen de manera paritaria el padre y la madre desde el momento en que se configura la filiación de la prole. La patria potestad es una de las instituciones más relevantes del Derecho de Familia, esta se puede definir básicamente como el deber y derecho de los padres, de cuidar la persona y bienes de sus hijos menores (AGUILAR LLANOS, 2009).

Según refiere (AGUILAR LLANOS, 2009) se funda en un estado de necesidad natural por la que atraviesan las personas, desde su nacimiento hasta un cierto período de su existencia, que no les permite atender a sus propios requerimientos, y estas necesitan de personas que las protejan, cuiden y asistan. Los llamados a cubrir este estado de necesidad son las personas que le dieron vida, esto es, los padres, por ello la institución juega exclusivamente con ellos. Por lo tanto, la patria potestad es una consecuencia de la filiación, un sistema de protección, cuidado, asistencia física, moral y un medio de suplir la incapacidad del hijo. Asimismo, ante la debilidad física y moral del menor o incapacitado, los titulares de la patria potestad velan por él, lo tienen en compañía, le dan alimentos en sentido amplio, incluyendo su educación y desarrollo integral. (DE LA FUENTE - HONTAÑON, 2018)

De acuerdo con (CANALES TORRES, 2014), “en la actualidad la patria potestad implica una relación familiar horizontal, puesto que los padres e hijos se encuentran en un mismo plano”, es decir cada uno de ellos goza de derechos y tiene deberes por igual.

(VARSI ROSPIGLIOSI, 2011) define a la patria potestad como un típico derecho subjetivo familiar mediante el cual la ley reconoce a los padres un conjunto de derechos y deberes para la defensa y cuidado de la persona y patrimonio de sus hijos y que permanece hasta que estos adquieran plena capacidad.

Consideraremos las anotaciones de (DE LA FUENTE - HONTAÑON, 2018) la cual señala, la patria potestad es:

- A. La institución protectora del niño por excelencia que **se funda en una relación de filiación, cualquiera que sea su naturaleza, matrimonial, no matrimonial o adoptiva**. Es el vértice y centro del sistema civil de protección, ejemplo y punto de referencia de otras figuras como la tutela, la curatela, que coinciden con ella en el alcance o contenido de la protección que ofrecen;
- B. Un efecto legal propio de toda relación paterno o materno filial, de tal modo que **una vez determinada la filiación la patria potestad corresponde automáticamente ex lege, al progenitor respecto al cual quedó determinada la filiación**.

Aguilar Llanos apunta: “la patria potestad es una institución del derecho de familia que comprende un cúmulo de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos, tendientes a lograr el desarrollo integral de éstos y la realización de aquéllos. Este concepto pretende abarcar no sólo los derechos-deberes de los padres e hijos, sino también el fin que persigue la institución, el mismo que debe verse en sus dos dimensiones, la de los padres que encuentran su realización a través del desarrollo de sus hijos, y por cierto también la de los hijos que al recibir apoyo, amparo, sustento, educación, protección y ejemplos de vida, posibilita un desarrollo integral y su incorporación al seno de la sociedad en condiciones óptimas”

La institución de la Patria Potestad, quizás resulte siendo la más importante dentro de todas las instituciones que se ubican en el Derecho de Familia; deber derecho de los padres, de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, tal como lo consigna la Constitución Peruana de 1993 en su artículo 6, o el deber derecho de los padres, de cuidar la persona y bienes de sus hijos menores, como lo refrenda el artículo 418 del Código Civil.

2.4.1.2. Características

La patria potestad posee un conjunto de características que definen su importancia como término legal y cuyo conocimiento y comprensión es importante por parte de todas aquellas personas que tengan hijos no emancipados.

(VARSI ROSPIGLIOSI, 2011) manifiesta que la patria potestad es de orden público y señala las siguientes características:

A. Es un derecho subjetivo familiar

La patria potestad lleva implícitas relaciones jurídicas recíprocas entre las partes: padres-hijos e hijos-padres; ambos tienen derechos-obligaciones y facultades-deberes.

B. Se regula por normas de orden público

Está de por medio el interés social, de allí que sea nulo todo pacto o convenio que impida su ejercicio o modifique su regulación legal.

C. Se ejerce en relaciones de familia directas o inmediatas de parentesco

La Patria Potestad corresponde al padre respecto al hijo

D. Es una relación de autoridad de los padres

Existe un vínculo de subordinación respecto de los hijos.

E. Su fin es tuitivo

Se dirige a la defensa de la persona y el patrimonio de los hijos menores de edad.

F. Es intransmisible

La patria potestad, reconocida por la legislación, así como por la doctrina, es intransmisible, de manera tal que el padre o la madre que se desprenden de sus deberes y derechos a favor de otro, realizan un abandono que produce las correspondientes sanciones. Esta característica, también conocida como de indisponibilidad o inalienabilidad, implica que las facultades derivadas de la patria potestad son de orden público y el poder paterno no puede cederse en todo o en parte. Los padres delegan, no obstante, el derecho y la obligación de educar y controlar al hijo, cuando lo internan en un colegio.

G. Es imprescriptible

No se pierde por la prescripción; sin embargo, puede decaer o extinguirse.

H. Es temporal, no perpetua

La patria potestad puede extinguirse o restringirse porque su carácter es de temporalidad.

I. Es irrenunciable

De motu proprio no pueden restringirse las relaciones jurídicas de ella originadas. Si alguien detenta la patria potestad tiene derecho a exigir su ejercicio. Su renuncia determinaría el incumplimiento de las obligaciones prescritas por el ordenamiento jurídico.

J. Es incompatible con la tutela

No se puede nombrar tutor a un niño cuyo padre no ha sido suspendido de la patria potestad.

K. Es relativa

No es una facultad absoluta y está bajo el control de la ley.

L. Es indisponible

Porque no está en el comercio jurídico.

2.4.1.3. Titularidad y Ejercicio de la patria potestad

La patria potestad solo puede ser ejercida en las relaciones personales directas y de primer orden, como son de padres a hijos, tal y como lo menciona (VARSI ROSPIGLIOSI, Tratado de Derecho de Familia, 2011). En igual medida queremos resaltar lo dicho por (CANALES TORRES, 2014) “Esta institución del derecho familiar es la consecuencia del establecimiento de la relación paterno filial, **es decir la premisa de la que se parte para la existencia de la patria potestad es la filiación.** Sin filiación no hay patria potestad, es por ello que los responsables y sobre los que recae la obligación-derecho del cuidado de los hijos son los padres. **Es por ello que se afirma constantemente que la patria potestad se ejerce en relaciones familiares directas o inmediatas de parentesco**”, vale decir entre padres e hijos.

Luis Fernández Clérigo; citado por Varsi, explica que “*existe una condición fija y afirmativa (que se trate de menores de edad) y otra negativa y contingente (que estos menores no se hallen emancipados); asimismo, existe una condición afirmativa, aunque contingente (que aquellos menores tengan ascendientes llamados por ley al ejercicio de la patria potestad) y una circunstancia negativa (que no estén incapacitados ni impedidos para tal ejercicio)*”. De este modo podremos señalar que hay dos sujetos en esta relación, los padres que vienen a ser los sujetos activos y por otro lado; los hijos, como sujetos pasivos de la relación.

La patria potestad de los hijos la poseen por el igual tanto la madre como el padre, lo que algunos autores lo denominan como Cotitularidad de la Patria Potestad⁷. Por lo general, dicha institución se ejerce dentro del matrimonio⁸. Sin embargo, en determinadas circunstancias el ejercicio de este derecho puede verse interrumpido como cuando los padres del niño se encuentren separados de hecho, es decir, cuando ambos padres viven en domicilios distintos. En ese sentido, (VARSI ROSPIGLIOSI, Tratado de Derecho de Familia, 2011) refiere que: En caso de separación de cuerpos, divorcio o invalidez del matrimonio, el ejercicio de la patria potestad recae en el cónyuge a quien se le confían los hijos⁹

⁷ Artículo 418° C.C.: Noción de Patria Potestad

Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores.

⁸ Artículo 419° CC: Ejercicio conjunto de la patria potestad

La patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo.

⁹ Artículo 420° CC: Ejercicio unilateral de la patria potestad

En caso de separación de cuerpos, de divorcio o de invalidación del matrimonio, la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos. El otro queda, mientras tanto, suspendido en su ejercicio.

Para gozar de la patria potestad, los padres deben ser capaces¹⁰. De acuerdo a una modificación de nuestra legislación civil, los mayores de catorce años adquieren una capacidad limitada a partir del nacimiento de su hijo, pero solo para reconocerlos, reclamar o demandar por gastos de embarazo o parto y para demandar o ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos. La norma legal aludida es insuficiente, pues no ha considerado la posibilidad de demandar judicialmente la declaración de filiación extramatrimonial (a pesar de que el art. 407 de nuestro Código Civil se lo permite a la madre, mas no al padre) o el régimen de visitas (VARSI ROSPIGLIOSI, Tratado de Derecho de Familia, 2011).

Como hemos visto la figura jurídica de la Patria Potestad, otorga a los padres la posibilidad de ejercer una o varias de las facultades previstas en la legislación pertinente, tales como la tenencia del niño, la administración de los bienes del niño o la representación legal, entre otros atributos.

Por otro lado, los abuelos no gozan de la patria potestad. No obstante, los nietos les deben honor y respeto. Parafraseando a los hermanos Mazeaud diremos que la patria potestad no rebasa el círculo de la familia en sentido restringido (familia nuclear). (VARSI ROSPIGLIOSI, Tratado de Derecho de Familia, 2011)

2.4.1.4 Naturaleza jurídica de la Patria Potestad

Con la intención de integrar el concepto de patria potestad lo más completo posible, y dentro de él precisar cuál es su esencia, analizaremos los distintos puntos de vista de la doctrina.

Existen diferentes criterios en cuanto a la naturaleza jurídica de la patria potestad, posiciones que no solo constituyen una disputa teórica, sino que reflejan los diferentes aspectos de esa institución, en su evolución histórica hasta lo que es considerada en la actualidad.

La patria potestad es una típica institución del Derecho de Familia que configura una relación jurídica subjetiva en la que las partes intervinientes gozan y deben cumplir con intereses jurídicos reconocidos expresamente por la legislación a efectos de proteger a los hijos menores de edad en armonía con los intereses de la familia y de la sociedad. (LÓPEZ DE QUEVEDO, 2004).

¹⁰ Artículo 42° CC: Plena capacidad de ejercicio

Son absolutamente incapaces:

- 1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.
- 2.- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.
- 3.- Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegosordos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable.

Artículo 46° CC: Capacidad adquirida por matrimonio o título oficial

La incapacidad de las personas mayores de dieciséis (16) años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio.

La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de éste.

Tratándose de mayores de catorce (14) años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo, para realizar solamente los siguientes actos:

1. Reconocer a sus hijos.
2. Demandar por gastos de embarazo y parto.
3. Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos.
4. Demandar y ser parte en los procesos de filiación extramatrimonial de sus hijos."

- A. ***La patria potestad como poder familiar (Potestas), como aproximación entre el poder de imperio del Estado y la patria potestad.*** Para MESSINEO, citado por Lopez de Quevedo, es un conjunto de poderes (a los que corresponden otros tantos deberes: poderes-deberes) en los cuales se actúa orgánicamente la función confiada a los progenitores de proteger, educar, instruir al hijo y cuidar de sus intereses patrimoniales, en consideración a su falta de madurez psíquica y de su consiguiente incapacidad de obrar. (LÓPEZ DE QUEVEDO, 2004)
- B. ***La patria potestad como poder función.*** En la doctrina argentina sostiene SPOTA que los derechos subjetivos en el derecho de familia son "poderes-funciones" y no meras prerrogativas individuales incausadas, siendo tales poderes-funciones amparados mientras no exista desviación de los fines sociales y éticos que los informan.
Esta teoría sostiene que la patria potestad es una "función" reflejo del deber de los padres de educar y mantener a sus hijos y protegerlos en sus intereses pecuniarios mientras sean incapaces, negando la esencia de la misma como derecho subjetivo.
- C. ***La patria potestad como conjunto de derechos-deberes.*** Hoy está definitivamente triunfante la idea de que la patria potestad implica no solo derechos sino también deberes y más aún, lo que importa primordialmente es la protección de los menores. La legislación moderna ha puesto énfasis en los deberes más que en los derechos, de ahí que el Estado se constituye en contralor cada vez mayor sobre la forma en que se ejerce la autoridad parental.

Las relaciones jurídicas contenidas en la patria potestad implican derechos-deberes, es decir una reciprocidad en las facultades y atributos legales de las partes, lo que configura un típico derecho subjetivo de familia. Más que un poder o autoridad es un deber y facultad de los padres para con sus hijos, de allí que ellos deban realizar todo lo conducente para lograr el desenvolvimiento físico e intelectual de quien está sujeto a la patria potestad y, en caso de abandono o descuido, el Estado podrá hacer cesar dicha patria potestad. Lleva implícitas las atenciones legales necesarias para el desarrollo de la descendencia y concluye cuando esta adquiere capacidad y autosuficiencia, alterándose el vínculo jurídico, de manera tal que son los hijos, ahora, los que deberán brindar protección a sus padres. (VARSI ROSPIGLIOSI, Tratado de Derecho de Familia, 2011).

Angel Acedo Penco, destaca en su libro Derecho de Familia las siguientes premisas: aunque la patria potestad, por Derecho natural y positivo viene otorgada a los progenitores, atendiendo a que integra en su función no sólo derechos sino muy principalmente deberes y su regulación contiene medidas de protección del niño, y por ende debe ser adoptada en beneficio del mismo.

La patria potestad es la institución protectora del niño por excelencia y se funda en una relación de filiación, cualquiera sea su naturaleza (matrimonial, no matrimonial o adoptiva); más que un poder, actualmente se configura como una función en beneficio de los hijos menores ejercida normalmente por ambos progenitores conjuntamente, y cuyo contenido está formado más por deberes que por derechos, como resulta del propio artículo 423 CC y 74 del CNA. En palabras de Enrique

Varsi, **la patria potestad es la *conditio sine qua non* de la relación paterno filial, se deriva de ella, a tal punto que el término «filiación» implica, de por sí, patria potestad**, ya que ésta se refiere a las relaciones jurídicas de autoridad de los padres sobre sus hijos y de allí que más que un derecho sea una consecuencia de la filiación. Sin embargo, debemos tener en claro que puede haber filiación sin patria potestad (en los casos de extinción y suspensión de la misma), pero no puede haber patria potestad sin filiación.

Ahora bien, ante tal realidad nos preguntamos, que concepto prima ¿Potestas u officium?, de acuerdo con lo que señala gran parte de la doctrina, es claro que, en la actualidad, la patria potestad tiene mucho de *officium* (conjunto de funciones) y muy poco de *potestas* (poder), pues que los derechos y facultades que confiere tienen, en exclusiva, la finalidad de beneficiar, educar y proteger a los hijos. (ACEDO PENCO, 2013)

Por tanto, diremos que en la patria potestad surgen dos aspectos: por un lado, **es un conjunto de poderes, a los que corresponden “otros tantos deberes”, en los cuales actúa orgánicamente la función confiada a los progenitores de proteger, educar, de instruir, al niño, de cuidar sus intereses patrimoniales**. Y es un medio para que pueda llevarse de oficio, encomendado a los progenitores, de protección al hijo.

2.4.1.5. Contenido de la patria potestad: Derechos y Deberes

Las responsabilidades y derechos que asumen los progenitores son muchas y variadas y van desde brindarles atención, cuidado, educación, alimentación, salud, recreación, vivir con los hijos o visitarlos, darles buenos ejemplos, corregirlos, hasta recibir ayuda de ellos, entre otros. En términos legales, a todo este conjunto de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos reconocidos por nuestro Código Civil y Código de Niños y Adolescentes se le ha denominado patria potestad y en otros países se le denomina responsabilidad parental.

La Patria Potestad es una figura jurídica recogida tanto en el Código Civil como en el Código de los Niños y Adolescentes. Si bien es cierto esta institución no ha sido definida ni desarrollada en detalle en ambos cuerpos legales, también es cierto que en ambas normas se han señalado los deberes y derechos que dicha figura genera en los padres respecto de los hijos.

Debido a la importancia de la patria potestad y a que involucra el bienestar de los niños, niñas y adolescentes, el legislador ha optado por un tratamiento que no solo quede en el ámbito privado de las familias, sino que involucre al Estado y a la comunidad, esto se aprecia en el artículo 4 de la CPP que se encuentra relacionado con el artículo 18¹¹ de la CDN.

¹¹ “Artículo 18 CDN:

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.”

Asimismo, el artículo 6 de la CPP precisa, de manera general, los derechos y deberes de los padres para con sus hijos y viceversa: “es deber de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres”. Nos menciona Aguilar, que el artículo 6 de la CPP regula el contenido de la patria potestad al describirla como un deber-derecho, esto es, como si fueran las dos caras de una misma moneda. Así, precisa que “(...) si el padre tiene el deber de educar a sus hijos, los hijos tienen el derecho a ser educados, y si los hijos tienen el deber de respetar a sus padres, éstos tienen el derecho de ser respetados por sus hijos, y si ello no ocurriera se atentaría contra los mismos fines de la patria potestad (...)” (AGUILAR LLANOS, 2009)

Así tenemos el artículo 423 del Código Civil y el artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes, siendo esta última norma, la que precisó sutilmente a los incisos señalados anteriormente en el artículo 423 del Código Civil, además de agregar el deber de velar por el desarrollo integral del niño, de acuerdo al siguiente texto:

“Artículo 74.- Deberes y derechos de los padres.

Son deberes y derechos de los padres que ejercen la Patria Potestad:

- a) Velar por su desarrollo integral*
- b) Proveer su sostenimiento y educación*
- c) Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes*
- d) Darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente. Cuando su acción no bastare podrán recurrir a la autoridad competente*
- e) Tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos*
- f) Representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil*
- g) Recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su atención*
- h) Administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieran;*
- i) Tratándose de productos, se estará a lo dispuesto en el Artículo 1004 del Código Civil.”*

De ahí que podamos concluir que la figura de la Patria Potestad es una institución que impone a los padres deberes y derechos a efectos de cuidar y proteger a los hijos menores de edad. Respecto de dichos derechos y deberes encontramos al derecho de Tenencia que será materia de comentario en la presente investigación, el cual está señalado en el literal e) que se refiere a tener a los hijos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos, este inciso se refiere al derecho exclusivo de los padres a hacer vida en común con sus hijos, es decir, el derecho de vivir con ellos en el mismo domicilio.

La patria potestad encierra una serie de atributos muy bien definidos por el artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes que ha venido a modificar la norma contenida en el artículo 423 del Código Civil. Atributos como, velar por su desarrollo integral, proveer su sostenimiento y educación, dirigir el proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes, darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente y cuando su acción no bastare podrán recurrir a la autoridad competente,

representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y de responsabilidad civil, administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieran, a todos estos atributos se debe adicionar la tenencia. (AGUILAR LLANOS, 2009)

Por su parte, el CC en su artículo 418 ha señalado que los padres tienen “(...) el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores”

Hemos destacado que la patria potestad concede facultades tanto en el orden personal como en el patrimonial. Conforme a lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño (CDN) en su art. 18.1, la potestad paterna debe ejercerse siempre en interés de los hijos. Pero, no hay que olvidar que la filiación impone deberes que son recíprocos, en cuanto el código civil en su artículo 4541 y el CNA en su art. 24, imponen a los hijos el deber de obedecer y respetar a sus padres, deber que no sólo se entiende referido a los menores de edad sino que se extiende durante toda la vida de los hijos. Y aun cuando se trate de normas de carácter ético cuyo cumplimiento no puede ser exigido directamente, su incumplimiento puede dar lugar a sanciones civiles y penales.

Debido a que la patria potestad es un conjunto de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos, conviene señalar los deberes de los hijos en el ámbito familiar que se encuentran en el artículo 24 del CNA:

Artículo 24º.- Deberes.

Son deberes de los niños y adolescentes:

- a) Respetar y obedecer a sus padres o los responsables de su cuidado, siempre que sus órdenes no lesionen sus derechos o contravengan las leyes;*
- b) Estudiar satisfactoriamente;*
- c) Cuidar, en la medida de sus posibilidades, a sus ascendientes en su enfermedad y ancianidad;*
- d) Prestar su colaboración en el hogar, de acuerdo a su edad;*
- e) Respetar la propiedad pública y privada;*
- f) Conservar el medio ambiente;*
- g) Cuidar su salud personal;*
- h) No consumir sustancias psicotrópicas;*
- i) Respetar las ideas y los derechos de los demás, así como las creencias religiosas distintas de las suyas; y,*
- j) Respetar a la Patria, sus leyes, símbolos y héroes.*

2.4.1.6 Suspensión y Extinción de la patria potestad

En tanto la Patria Potestad es un conjunto de deberes y derechos sujeto a temporalidad, es susceptible de ser restringido, y por tanto, el Código Civil refiere varias formas para restringir el ejercicio de la patria potestad; sin embargo, esto no libera a los padres de sus deberes como tales (art. 470) siempre que los mismos sean compatibles con las causas que hayan conducido a tal situación. Como afirma Cornejo Chávez diversas circunstancias pueden determinar el recortamiento de las atribuciones de la patria potestad, de manera tal que a los padres se les quita atribuciones respecto de sus hijos (CORNEJO CHAVEZ, 2000).

Evidentemente dichas restricciones estarán determinadas por inadecuadas conductas de quienes son sus titulares, los padres. Debemos distinguir, además, entre titularidad del derecho y ejercicio del mismo, la primera alude a la legitimidad y reconocimiento del derecho, en tanto el ejercicio, es la posibilidad fáctica de obrar el derecho, de hacerlo efectivo. Siguiendo este razonamiento, cuando el Código de los niños y adolescentes legisla las causales de suspensión de patria potestad (artículo 75°), se establecen supuestos de hecho que de configurarse ocasionan el cese temporal de la patria potestad, por lo que se mantiene la titularidad y se suspende el ejercicio; por el contrario, cuando hablamos de pérdida o extinción de la patria potestad, desaparece la titularidad y con ella, el ejercicio. La ley además establece que dicha limitación debe ser judicialmente declarada.

Para analizar las causales de suspensión de patria potestad, y concretamente la causal incorporada y junto a ella, el artículo bajo comentario, es preciso partir del contexto del ejercicio de la patria potestad, y es el artículo 419° del Código Civil, el que delimita este aspecto, señalando que, *la patria potestad es ejercida conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo*. Cabe indicar que, es inexacta la atingencia de esta fórmula legal “durante el matrimonio”, pues durante una relación convivencial también es completamente legítimo el ejercicio de la patria potestad.

Resulta imprescindible señalar que, la suspensión del ejercicio de la patria potestad, no exonera al padre o madre, de cumplir con sus deberes, fundamentalmente del deber alimentario, consecuentemente, no es legal que el progenitor suspendido o privado definitivamente de la patria potestad evada su deber de asistencia a sus hijos.

Los tipos de restricciones de acuerdo a sus efectos y consecuencias son los siguientes:

A. Pérdida

La pérdida de la patria potestad se funda en una conducta paterna manifestadora de un grave incumplimiento o indebida satisfacción de los deberes integrantes de la patria potestad, que por su entidad hace peligrar la finalidad de la institución. Por tanto, son actos de extrema gravedad cometidos por los padres. Es anormal y culposa produciendo un corte prematuro en la patria potestad por causas imputables generalmente a quienes la ejercen. A decir de Luis Fernández Clérigo, citado por Varsi, las causas de pérdida de la patria potestad se dividen en cuatro grupos:

a) Delictivas

Quien ejerce la patria potestad incurre en un delito que lo incapacita para ejercerla (condena a pena que la produzca)

b) Culposas

Actos que implican un incumplimiento de los deberes como padre (abandono del niño).

- Causales no culposas
Situación de orden especial que implica una incapacidad para el ejercicio (ejemplo: segundas nupcias o demencia).
- Legales o de pleno derecho

Aquellos casos de extrema gravedad reconocidos expresamente por la ley (corrupción, prostitución).

Es de señalar que la patria potestad se pierde en su totalidad (es decir, sobre todos los hijos) aunque el motivo se refiera a solo uno de ellos. Los casos establecidos en nuestra legislación están en el artículo 462 del Código. (VARSI ROSPIGLIOSI, Tratado de Derecho de Familia, 2011)

Las causales establecidas por el artículo 77° del Código de los Niños y Adolescentes son:

- a) Por muerte de los padres o del hijo*
- b) Porque el adolescente adquiere la mayoría de edad*
- c) Por declaración judicial de abandono*
- d) Por haber sido condenado por delito doloso cometido en agravio de sus hijos o en perjuicio de los mismos*
- e) Por reincidir en las causales señaladas en los incisos c), d), e) y f) del artículo precedente; y*
- f) Por cesar la incapacidad de hijo, conforme al artículo 46° del Código Civil.*

En el inciso d), se encuentra previsto el supuesto fáctico de quienes son condenados por cualquier delito doloso cometido en agravio de sus hijos, por tanto, es perfectamente aceptable que quien agrede sexualmente a uno de sus hijos, pierda la patria potestad de éste y de todos sus hijos, pues el riesgo está acreditado e independientemente de la pena que corresponda, debe protegerse, sin duda, a todos los hijos.

B. Privación

Son actos graves por los cuales el padre no es despojado de sus facultades, pero queda en la imposibilidad de hacer uso de ellas. No es una mera suspensión, sino que se pierde el ejercicio sobre ella; dicho de otro modo, no queda privado absolutamente de la misma, pero sí impedido de desempeñarla. Se aplica tomando en cuenta el interés del hijo, de manera tal que los padres no podrán seguir detentado su autoridad, debiéndose nombrar un tutor.

La privación se presenta:

- a) por dar órdenes, consejos, ejemplos corruptos o dedicar a la mendicidad a sus hijos,
- b) por tratarlos con dureza excesiva; o
- c) por negarse a prestarles alimentos¹².

C. Suspensión

No es necesariamente una sanción porque puede derivarse de causales que no implican culpa del padre (por ejemplo: enfermedad, deficiencia o minusvalía). Es una situación transitoria que suprime temporalmente el ejercicio de la patria potestad con el propósito de restablecerla.

La suspensión ha sido tratada por nuestro Código de los Niños y Adolescentes, pues es la única figura que establece el decaimiento de la patria potestad, es decir, engloba dentro de sí las causales consideradas por el Código Civil peruano para la pérdida y la

¹² Artículo 463 CC

privación. El referido CNA unificó el criterio plural de restricción que asumía la legislación civil y lo limitó a un criterio único: el de la suspensión.

El artículo 75 del CNA nos refiere que la patria potestad se suspende en los siguientes casos:

- a) Por la interdicción del padre o de la madre originada en causas de naturaleza civil;*
- b) Por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre;*
- c) Por darles órdenes, consejos o ejemplos que los corrompan;*
- d) Por permitirles la vagancia o dedicarlos a la mendicidad;*
- e) Por maltratarlos física o mentalmente;*
- f) Por negarse a prestarles alimentos;*
- g) Por separación o divorcio de los padres, o por invalidez del matrimonio de conformidad con los artículos 282 y 340 de Código Civil.*
- h) Por habersele aperturado proceso penal al padre o la madre por delitos previstos en los artículos 173, 173-A, 176-A, 179, 181 y 181-A del Código Penal*

Como vemos, esta causal está referida a los delitos contra la libertad sexual, cometidos por uno de los progenitores, en agravio de los hijos. La norma señala que, dictado el auto de apertura de instrucción, el Juez Especializado en lo Penal remitirá, dentro de las 24 horas, copias de los actuados pertinentes al Fiscal de Familia, a fin de que proceda a solicitar la suspensión de la patria potestad y la medida innovativa, bajo responsabilidad.

Las decisiones, en todos los casos, deben adoptarse respetando el principio del interés superior del niño y/o adolescente. Hay jurisprudencia nacional que establece que la suspensión de la patria potestad solo se llevará a cabo por mandato legal y con carácter de sanción; este criterio aparece en las sentencias dictadas por la Sexta Sala de Lima, con fecha 30 de abril de 1998 y 21 de julio de 1997, en los expedientes números 36498 y 154797. La suspensión con la atribución correlativa de la patria potestad a uno de los padres de hijos matrimoniales, se aplica indudablemente, por mandato legal expreso, pero no en todos los casos, a título de sanción sino de respuesta a una situación que, de hecho, genera obstáculos para el normal ejercicio. (SOTOMARTNO CACERES, 2003)

D. Restitución

Implica aquella situación mediante la cual, desaparecidas las causas que determinaron la privación o limitación del ejercicio de la patria potestad, esta es devuelta cuando se comprueba dicha desaparición. De esta manera, se tiende a la integración de la familia, ya que, por causas establecidas por la legislación, uno de sus miembros incumplió con sus deberes paterno-filiales. Su importancia se funda en la especial obligación protectora que tiene al Estado frente a la institución familiar, se debe buscar que la familia esté consolidada y que, en ella, sus miembros cumplan óptimamente sus roles, de padres a hijos, y viceversa.

La regla general que establece el artículo 471 del CC es que en los casos de privación o limitación de la patria potestad puede pedirse judicialmente su restitución cuando cesan las causas que lo determinaron. Debe entenderse, entonces, que en los casos de pérdida o suspensión la restitución opera de forma automática. La restitución no es un premio por

la rehabilitación del padre restringido del ejercicio de la patria potestad, sino una consecuencia propia e inherente de las relaciones familiares, puesto que debe comprometerse y exigirse el cumplimiento de sus obligaciones a aquel que en un momento se le limitó su ejercicio pero que a la fecha se encuentra nuevamente apto.

Alex Plácido, apunta: *«por el principio de protección a la familia, el sistema jurídico tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento. (...) esta situación paterno-filial exige que la relación se restablezca, recomponga, cuando ello convenga al interés superior de los hijos»* (PLACIDO VILCACHAGUA A. , 2002)

De acuerdo a lo establecido en el Código de los Niños y Adolescentes, la restitución de la patria potestad se realiza en sede judicial. El artículo 78° del citado cuerpo de leyes, establece “*Los padres a quienes se ha suspendido el ejercicio de la Patria Potestad podrán pedir su restitución cuando cesa la causal que la motiva*”.

Así, una vez desaparezca la causal de suspensión de patria potestad, el juez podrá restituirla al progenitor que en su momento fue privado de aquélla. En cuanto a la pérdida de la patria potestad, nuestra legislación la asimila al concepto de extinción de la patria potestad, tal como lo señala el artículo 77° del código de la especialidad, en cuyo caso no hay lugar a restitución.

E. Extinción

La extinción es la desaparición total, definitiva y normal de la patria potestad. Se produce ipso iure, no a título de pena, pues desaparecen los presupuestos que determinan su titularidad. Se presenta en los siguientes casos:

- a) Por muerte
Sea del último progenitor que la ejercía o del hijo. Este es un supuesto natural y, por demás, lógico.
- b) Capacidad legal natural o mayoría de edad
Es curioso reseñar lo que establecía el Código Civil peruano de 1852: el hijo(a) mayor, que cae en incapacidad, vuelve a la patria potestad, si no tiene cónyuge (art. 290). Situación sui generis pues la institución dependía no solo de la edad sino también de la capacidad y del matrimonio del hijo.
- c) Capacidad legal adquirida o emancipación tácita
Existe un vacío legal en cuanto a la del mayor de 14 años que estando facultado para reconocer no adquiere la capacidad plena, sino restringida (puede accionar judicialmente gastos de embarazo y parto y procesos de tenencia y alimentos), por lo que carece de patria potestad (art. 46 l Código, modificado mediante la Ley N° 27201).

2.4.2 La Tenencia Como Atributo De La Patria Potestad

2.4.2.1 Definición

Etimológicamente: proviene de la palabra griega “*tenere*” y “*Minor*” que es una institución jurídica destinada al cuidado de los hijos por uno de los padres, cuando se produce una separación de hecho.

Se ocupan de ella, los artículos 81 y siguientes del Código de los Niños y Adolescentes, disponiendo que cuando los padres estén separados de hecho, ésta se determinará de común acuerdo y tomando en cuenta el parecer del niño. En ausencia del acuerdo o si éste resulta perjudicial, resolverá el juez.

La tenencia es un atributo de la patria potestad, siendo una facultad que tienen los padres separados de hecho de determinar con cuál de ellos se ha de quedar el hijo. Como resultado, el hijo convivirá como uno de los padres, en tanto que el otro tendrá derecho a un régimen de visitas que podrá ser decretado de oficio por el juez si se acredita el cumplimiento de la obligación alimentaria y tomando en cuenta el interés superior del niño, si así lo justifica.

La tenencia constituye característica importante de la patria potestad; pese a involucrar, como indica D'ANTONIO, un elemento puramente material y fáctico, representa compartir la vida diaria. Con ello, es innegable que se moldea también el ejercicio real y cotidiano de la patria potestad. (SOTOMARTNO CACERES, 2003)

Es una relación jurídica familiar básica que se identifica como un derecho-deber de tener en custodia a un hijo. Como derecho familiar subjetivo reconoce, en este orden de ideas, el derecho del progenitor de cuidar al hijo, así como, recíprocamente, el derecho del hijo de vivir con el padre que mejores condiciones de vida le ofrezca. En otras palabras, no es una facultad exclusiva del progenitor, sino que es una facultad indispensable del hijo para su desarrollo integral. (VARSI ROSPIGLIOSI, Tratado de Derecho de Familia, 2011)

Se ha sostenido que la tenencia es un atributo derivado de la patria potestad. Y es lógico. Para ejercer la relación paterno-filial se requiere tener al hijo bajo custodia¹³. Quien goza de la patria potestad debe estar legitimado de una tenencia, aunque surgen casos especiales. Ejemplo, por la separación de cuerpos uno de los cónyuges se queda con el hijo lo que no significa que el otro pierda la patria potestad. Hay uno que tiene al hijo sin embargo ambos dirigen y supervisan su desarrollo.

Aguilar Llanos apunta, “Refiere la ley que la patria potestad concede como atributo de los padres, el derecho a tener a sus hijos consigo, de allí el nombre de tenencia...”. Se traduce la tenencia en la convivencia de los padres con sus hijos; relación fáctica que sirve de base para el ejercicio de los demás derechos y el cumplimiento de los deberes, y que significa la vida en común, el vivir bajo un mismo techo; estas relaciones personales entre padres e hijos constituyen la base para que operen los demás atributos de la patria potestad, pues si el padre o madre no ejerce la llamada tenencia, cómo podría estar al frente del proceso educativo, cómo podría representarlo legalmente, o cómo podría ejercer una corrección moderada, sólo para mencionar algunos de los atributos que confiere la patria potestad. (AGUILAR LLANOS, 2009)

El artículo 74 de del Código de los Niños y Adolescentes y el 423 del Código Civil, al consignar los atributos ya mencionados que confiere la patria potestad a los

¹³ En la legislación nacional se equipara a la tenencia con la custodia, no obstante nosotros diferimos de esa apreciación pues creemos que es inexacta.

padres, reconoce en el inciso f del citado artículo, el derecho de los padres a la tenencia de sus hijos, señalando específicamente “tenerlos en su compañía, recurriendo a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos”; este atributo que es quizás uno de los derechos más importantes que confiere la patria potestad, ha sido ampliado, a propósito de la Ley 29269 del 4 de octubre del 2008 que modifica los artículos 81 y 84 del Código de los Niños y Adolescentes, en el primero de ellos, facultando al juez para disponer la tenencia compartida, y en el segundo, precisando que el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor.

2.4.2.2. Clasificación

A. De acuerdo a la persona que lo ostenta

a) Tenencia Exclusiva o Monoparental¹⁴:

También es conocida como tenencia unipersonal. Ocurre cuando se le reconoce o se le otorga a uno de los padres la tenencia de sus hijos, teniendo en cuenta el nivel de relación entre el padre o madre con el hijo o hijos. Esta modalidad de tenencia era la única reconocida por la legislación peruana, hasta la introducción de la tenencia compartida, en artículo 81 del Código de Niños y Adolescentes, en setiembre del 2008. (GALLEGOS CANALES & JARA QUISPE, 2014)

Se sostiene en los cuidados previos o preliminares del hijo, por lo que el niño, niña o adolescente residirá con el progenitor que ejerció su crianza más tiempo, siendo una excepción los casos referidos a los niños menores de 3 años, respecto se otorga preferencia a la madre, en tanto se presume que aún existe un nexo de necesidad biológica del niño a su madre. (BELTRAN PACHECO, 2009)

b) Tenencia Compartida o Biparental

Es una modalidad de tenencia de los hijos, a través del cual, luego de que se produce la separación de los padres, ambos continúan de manera conjunta conviviendo con sus hijos o hijas, ejercitando de manera adyacente y en ribetes de igualdad los roles parentales que han surgido de la consanguinidad, en este caso, el hijo o hija convive por un tiempo determinado con uno de los padres, trasladándose luego al domicilio de su otro progenitor, de esta manera el niño o niña conservará íntegramente sus relaciones familiares paternas y maternas y ambos padres compartirán igualmente sin distinciones sus deberes y obligaciones paterno filiales. (CALDERÓN BELTRÁN, 2011)

La tenencia compartida se plantea como una salida a fin de evitar penas y maltratos en agravio de uno de los padres, de tal manera que el niño vive un tiempo con un padre y luego con el otro, la tenencia compartida, también denominada "coparentalidad", o "responsabilidad parental conjunta".

¹⁴ La familia monoparental entendida como aquella familia conformada solo por uno de los padres y sus hijos. Este es el típico caso de las madres solteras, las viudas, divorciadas o simplemente separadas de hecho o abandonadas por su pareja, que conviven en forma solitaria con sus hijos.

La tenencia compartida, se presenta como una opción superadora que permite que el padre pueda seguir criando a los hijos pese al divorcio; que la madre tenga el "confort psicológico" de no asumir sola todas las responsabilidades de la crianza, y que los hijos no pierdan a ninguno de sus padres en su rol de criador activo. (BELTRAN PACHECO, 2009)

La tenencia compartida tiene dos aspectos en opinión de Beltrán Pacheco (2009):

- **Tenencia Legal Compartida:** Los padres compartirán las decisiones, responsabilidades y autoridad de las cuestiones relacionadas con el hijo.
- **Tenencia Física Compartida:** Los padres han de compartir el tiempo de residencia del niño en periodos mayores a los de un régimen de visitas convencional.

Por otro lado, Zutal Vidal considera que el artículo 81 del Código de Niños y Adolescentes al incorporar la tenencia compartida, implica la asunción de derechos y deberes de los padres con respecto a sus hijos e hijas en igualdad de condiciones, es decir, involucra no sólo el vivir con ellos en igualdad de tiempo, sino el tomar decisiones de manera conjunta y tomando en cuenta la opinión del niño, de acuerdo a su edad y madurez. Por ejemplo, ponerse de acuerdo en torno los gastos que cada uno asumirá, al colegio donde estudiará el niño o niña, las actividades extra escolares que realizará, las normas de conducta, los valores a serle inculcados y asistir conjuntamente o alternadamente a las reuniones de padres de familia, acudir a las citas médicas, entre otras. Por tanto, se trata de una coparentalidad y ello va de la mano con el derecho de igualdad entre los progenitores. (ZUTAL VIDAL , 2011)

c) **Tenencia Negativa**

Los padres han de compartir el tiempo de residencia del niño en periodos mayores a los de un régimen de visitas convencional.

Este tipo de tenencia, lastimosamente afecta mucho los derechos de los niños, sin embargo, en el Perú no se sanciona penalmente al padre que "no desea hacerse cargo de su hijo o hija". La tenencia negativa se puede entender de dos formas, como aquella que existe legalmente pero no se ejerce, dejando al niño bajo la responsabilidad de un tercero. También se puede entender como el niño que teniendo padres no se hacen cargo de él, aunque esta figura no puede existir, ya que un niño no puede estar a cargo de "nadie", el responsable del cuidado del niño, primeramente, es la familia y, a falta de ello, el Estado tiene la obligación de actuar y reemplazar el vacío existente.

B. **De acuerdo al proceso**

- **Tenencia en caso de divorcio:** Según el artículo 340 del Código Civil de 1984, los hijos se confiarán al cónyuge que obtuvo el divorcio a no ser que el juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue, de todos o de alguno al otro cónyuge, o, si hubiere motivos graves, una tercera persona; esta designación

deberá recaer por su orden, y, siendo posible, en alguno de los abuelos, hermanos o tíos. Si ambos cónyuges fueren culpables, los hijos varones mayores de siete años quedarán a cargo del padre y las hijas menores de edad al cuidado de la madre, a no ser que el juez determine otra cosa: En caso de muerte o de impedimento legal del padre a quien el juez confió el cuidado de los hijos, el otro padre reasume de pleno derecho la patria potestad sobre ellos.

- **Tenencia por sentencia judicial de separación convencional y divorcio ulterior:** Se obtiene la Tenencia por sentencia judicial, en el caso de separación convencional y divorcio ulterior solicitado de conformidad con el inciso 13) del Artículo 333° y 354° del Código Civil; en este proceso judicial las partes adjuntan a la demanda una propuesta de convenio (en el que señalan los regímenes de ejercicio de la patria potestad, tenencia, régimen de visitas y alimentos); la ley se refiere a que uno de los padres ostentará la tenencia, pero ninguno de los dos pierde la patria potestad; este proceso se tramita en la vía sumaria conforme al Código Procesal Civil.
- **Tenencia en una sentencia por nulidad o anulabilidad de matrimonio:** Es factible que planteada una demanda de nulidad o anulabilidad de matrimonio subsecuentemente con en el proceso se decida la tenencia de los niños en caso de que los padres no lleguen a un acuerdo sobre el mismo.
- **Tenencia y el acta de audiencia de conciliación:** En caso de que exista Conciliación, el Acta de la Audiencia de Conciliación en la Tenencia, servirá para cumplirlos acuerdos establecidos; en el caso de que una de las partes incumpla los acuerdos la otra parte podrá solicitar la variación tanto de la tenencia como el régimen de visitas establecidos en el Acta.
- **Pérdida de tenencia por otra resolución judicial:** Después de obtenida la Tenencia por vía judicial, pueden ocurrir una serie de hechos, debidamente comprobados que impulsen al otro padre a solicitar la tenencia; la ley establece dos casos, que son la variación de la Tenencia y la modificación de la Tenencia.

C. Otras clasificaciones

También podemos señalar otra forma de clasificar la tenencia:

- **Tenencia por mutuo Acuerdo:** Cuando se determina la tenencia del niño por acuerdo de ambos padres y no se llega a recurrir a ningún tercero, como los centros de conciliación o los Juzgado de familia; esta es una mejor y madura decisión de los padres respecto al cuidado de los hijos.
- **Tenencia de facto:** En este caso los padres no recurren al poder judicial, la decisión se tomó expresa o tácitamente, será expresa cuando uno de los padres comunica su voluntad de dejar al niño al cuidado del otro, y será tácita, cuando uno de los padres por sus actos hace ver que no quiere tener al niño, por lo que el niño se queda en poder del otro.
- **Tenencia Provisional:** La tenencia provisional es la facultad del padre que no tiene la custodia de recurrir al Juez Especializado a fin de solicitar

la tenencia provisional en razón del peligro que corre la integridad física del niño; esta tenencia se otorga a las 24 horas, si el niño o niña es menor de tres años.

Si el hijo es mayor de 03 años, el juez resuelve previo informe del equipo multidisciplinario y dictamen fiscal.

- **Tenencia Definitiva:** Es la tenencia que se sustenta en un instrumento público como producto, bien de un proceso judicial o de un procedimiento extrajudicial con calidad de cosa juzgada; en este caso debemos tener en cuenta que además del Juzgado, los Centros de Conciliación Especializados en Familia tienen facultades de entregar Actas de Conciliación con autoridad de Cosa Juzgada; asimismo, las Defensorías del Niño y Adolescente de las Municipalidades, también tienen facultad de entregar Actas de Conciliación con autoridad de cosa Juzgada.

2.4.2.3 El proceso de Tenencia en el Derecho Peruano

A. El Proceso de Tenencia

El problema de la tenencia de los hijos menores de edad se plantea cuando los progenitores se encuentran divorciados o en trámite de divorcio, separados de hecho o no casados cuando no conviven; también en el supuesto de anulación del matrimonio, ya que es preciso determinar a cuál de los progenitores se ha de entregar la tenencia de los hijos menores de edad.

En estas condiciones nuestra legislación, el artículo 81° del Código de Niños y Adolescentes señala que cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños, niñas o adolescentes se determina de común acuerdo entre ellos y tomando en cuenta el parecer del niño, niña o adolescente. De no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez especializado dictando las medidas necesarias para su cumplimiento, pudiendo disponer la tenencia compartida, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño, niña o adolescente.

B. Competencia y Titularidad

En el fuero jurisdiccional, la demanda de Tenencia debe ser interpuesta ante los Juzgados Especializados de Familia, la vía es la de Proceso Único. Las personas que pueden solicitar la Tenencia son: el cónyuge separado de hecho, el conviviente separado, el padre o madre extramatrimonial del hijo reconocido o declarado judicialmente. En ese sentido, el progenitor que no tiene a su hijo bajo su custodia, o el que lo tiene para que se le reconozca y cualquiera que invoque interés y legitimidad para obrar a fin de coadyuvar a la decisión o acuerdo tomado de hecho por los padres. Es la persona que puede dar testimonio sobre la inconveniencia de la decisión, puede ser por hechos que ocurran en agravio del niño y que el otro padre los desconoce.

El Código anterior estipulaba en su artículo 87° que "la tenencia del niño o adolescente puede ejercitarla cualquier persona que tenga legítimo interés". Algunos autores consideran que este artículo no debió ser eliminado, sin embargo, debemos considerar que la tenencia es un derecho que corresponde a ambos padres dentro de los derechos correspondientes a la patria potestad, es decir, los

padres existen, los padres quieren a sus hijos. Pero por causa de separación y al no poder dividirlos es necesario que se determine la tenencia en la vía judicial en caso de no existir acuerdo.

La demanda se plantea ante el juzgado especializado de familia acompañando el documento que lo identifique, la partida de nacimiento del infante para acreditar la relación paterno o materno filial y las pruebas pertinentes que acrediten su pretensión. (AGUILAR LLANOS, 2009)

La resolución que otorga tenencia no crea cosa juzgada ya que atendiendo al interés del niño o adolescente puede ser modificada por circunstancias debidamente comprobadas, sin embargo, el artículo 86 del Código de los Niños y Adolescentes refiere que la acción puede interponerse cuando hayan transcurrido seis meses de la resolución originaria, pero se hace la precisión de que puede ser antes si está en peligro la integridad del niño o adolescente.

C. Supuestos en que se solicita la Tenencia

- Cuando los padres deciden separarse de hecho y al encontrarse separados deben decidir con quién deben vivir los hijos. En muchos casos los padres se separan de común acuerdo; sin embargo, después de la separación empiezan las discusiones con respecto a la tenencia, por esta razón una medida que cause menor dolor a los hijos es que recurran a un Centro de Conciliación Especializado en Familia, o a las Defensorías del Niño y Adolescente o al Juzgado Especializado de Familia.
- Cuando en una separación de hecho por mutuo acuerdo se ha decidido la tenencia, quien la tiene, requiere que se reconozca este derecho en la vía judicial, dado que de esta forma garantizaría que el otro padre no se lleve arbitrariamente a los hijos.
- Cuando después de haberse otorgado la tenencia del hijo menor de tres años a uno de los padres, la integridad física del niño se encuentre en peligro. Esta es una tenencia provisional, por lo que el juez puede determinar que una vez que pase el peligro el niño regrese con el padre que tiene la tenencia.
- Cuando teniendo uno de los padres la tenencia de hecho su cónyuge, conviviente o ex cónyuge o ex conviviente le arrebató a su hijo. En este caso el padre solicitante no puede recurrir a un Centro de Conciliación Especializado en Familia, ni a una Defensoría, sólo puede recurrir al Juez Especializado en Familia.

D. La opinión del niño en los procesos de tenencia

Conforme al Artículo 85 del CNA, en el acuerdo extrajudicial o por la vía de la conciliación necesariamente deberá tomarse el parecer del hijo, si es que éste estuviera en condiciones de manifestar su opinión.

Artículo 85.- Opinión

El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente.

En torno a esta normativa el juez de Familia está obligado a escuchar la opinión del niño y a tomar en cuenta la del adolescente. Se hallan en el primer grupo, según el artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, todo ser humano desde su concepción hasta los doce años y es adolescente desde esa edad, hasta cumplir los dieciocho años de edad. Este distingo no aparece en la Convención sobre los Derechos del Niño, que agrupa como tal al menor de dieciocho años salvo regulación que le permita adquirir la mayoría antes de tal edad. Pero no solo en la tenencia, sino también en los supuestos de los artículos 449 y 459 del Código Civil referidos a las facetas de la patria potestad, tienen los hijos menores el derecho a hacer oír su opinión y que ésta sea tomada en cuenta. Conforme al artículo 9 del Código de los Niños y Adolescentes, tienen ellos derecho a opinar libremente en todos los asuntos que los afecten. Según el artículo 341 del Código Civil, puede el juez de Familia, en cualquier momento, pronunciarse sobre hechos nuevos y dictar las providencias que sean requeridas y que considere beneficiosas para los hijos, a pedido de uno de los padres, de los hermanos mayores de edad o del consejo de familia. Esta regla es concordante con las contempladas en los artículos 79 y 80 del Código de los Niños y Adolescentes.

E. Criterios para determinar la tenencia

El tema de la discusión de la tenencia, y su determinación vía conciliación o pronunciamiento judicial, sólo se va a presentar cuando los padres ya no vivan juntos, pues si aún lo estuvieran haciendo, entonces la tenencia es compartida entre ambos padres en igualdad de condiciones.

El Código de los Niños y Adolescentes regula en el Capítulo 11 del Título 1 del Libro Tercero todo lo concerniente a la tenencia de los hijos respecto de los padres desavenidos que ya no viven juntos, así el artículo 81, que la tenencia se determinará de común acuerdo entre ellos tomando el parecer del hijo y de no existir acuerdo, que es lo más corriente, entonces el juez decidirá.

a) A falta de acuerdo:

De no existir acuerdo, discrepancia, o si este resulta perjudicial para los hijos, la tenencia la resolverá el juez dictando las medidas necesarias para su cumplimiento. Esta situación es bastante difícil y compleja porque se deja en manos de un tercero, el juez, tomar la decisión de conferir la tenencia a uno u otro padre. Puede confirmarse a aquel que la tiene (continuar con la tenencia) o despojarse a uno para entregársela al otro (entrega del menor). La tenencia es una institución jurídica en donde más se manifiesta o exterioriza el conflicto entre los padres por lo que se pide a esta corrección en su actuar procesal, a fin de no denunciar agravios que carecen de todo asidero real, puesto que ello implicaría infringir el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en concordancia con el numeral IV del Título Preliminar del CPC y procurar, alturadamente lo mejor para la niña. (VARSI ROSPIGLIOSI, Tratado de Derecho de Familia, 2011)

En los casos descritos líneas arriba, el juez resolverá teniendo en cuenta el art. 84 del CNA:

- El hijo deberá permanecer con el progenitor con el que convivió mayor tiempo siempre que le sea favorable.
- El hijo menor de tres años permanecerá con la madre
- Para el que no obtenga la tenencia o custodia del niño o adolescente debe señalarse un régimen de visitas.

Como se puede observar, en realidad se trata sólo de dos criterios o elementos de juicio proporcionados al conciliador o juez para resolver estos casos, pues el inciso e del artículo 84 del Código de los Niños y Adolescentes está referido a conceder el derecho que se conoce como régimen de visitas, y que funciona sólo en casos de que la tenencia de los hijos no esté siendo ejercida por ambos padres, sino que este derecho se ha conferido a favor de uno solo de ellos.

Conviene analizar cada uno de estos criterios para otorgar la tenencia. En primer lugar, el legislador apela al acuerdo a que arriben los padres, acuerdo que si no viene como fórmula conciliatoria seguida ante un centro de conciliación, no tendría fuerza ejecutiva, pero si este consenso se da a través de un centro de conciliación entonces, si tiene fuerza de sentencia, pues como es sabido, los acuerdos conciliatorios se homologan a las sentencias judiciales. Puede ocurrir que no haya acuerdo, o existiendo éste, pero no como producto de una conciliación, entonces el padre o madre se niegue a cumplirlo, derivando el problema a la vía conciliatoria, y si aquí tampoco hay acuerdo, estaremos entonces en la vía judicial a fin de que el juez de familia resuelva a quien concede la tenencia, la misma que con la modificación de la Ley 29269 puede ser incluso una tenencia compartida (AGUILAR LLANOS, 2009).

Si el caso ha llegado al juez de familia para que dilucide tal situación, dice el artículo 84 bajo comentario, que el primer criterio a considerar será la convivencia precedente con el niño o adolescente, significando ello que antes de plantearse la demanda de tenencia deberá considerarse quien estuvo viviendo con el infante, pues una decisión judicial que implique que el hijo deje de vivir con el padre o madre con quien estuvo haciéndolo puede ser traumatizante para él y perjudicial para sus propios intereses. Por lo tanto, la tenencia precedente al juicio es un elemento a considerar, pero no el único.

Resulta importante esta convivencia precedente, sobre todo en el plano psicológico, pues existe un elemento de arraigo del niño respecto del padre o madre con quien estuvo viviendo, debiendo ser parte de lo que deba contemplarse en este elemento, la comodidad del niño, el ambiente en que ha vivido, sus relaciones personales con otros infantes, la cercanía del colegio en que estudia y demás, llevan a considerar que efectivamente el elemento de la convivencia precedente sea un elemento a considerar, pues de lo contrario, se produciría una fractura no sólo física sino emocional en el niño si tuviera que dejar a la madre con quien estuvo viviendo para ir a vivir con el padre, por ello si ese fuere el parecer del magistrado que tenga que resolver el tema otorgando tenencia a aquel padre o madre que no estuvo conviviendo con el niño, sería prudente que esta decisión sea ejecutada gradualmente. (AGUILAR LLANOS, 2009)

Un segundo criterio está referido a que el hijo menor de tres años deberá permanecer con la madre, criterio basado en que por la corta edad del hijo su atención demanda preferentemente, pero no exclusivamente el cuidado materno. Es claro y se debe

reconocer ello, que los menores de esa edad requieren atención especializada por parte de la madre, incluso en el caso del período de amamantamiento, los cuidados de atención primaria de salud, sus primeras comidas, sus cuidados higiénicos, servicios éstos que por la división de funciones dentro del hogar que nos ha impuesto nuestra cultura, recae en la madre, por ello, el legislador ha utilizado este criterio para ofrecérselo al juzgador, a fin de resolver casos de tenencia, sin embargo volvemos a señalar que este criterio tampoco puede ser de fatal cumplimiento, sino considerarlo como un elemento más a tener en cuenta para emitir su fallo.

El tercero, y como ya lo hemos dejado establecido, no responde propiamente a un criterio a seguir para la fijación del régimen de tenencia, sino más bien, viene a ser una consecuencia del fallo judicial al conceder a uno solo de los padres el ejercicio de la tenencia, y en esa circunstancia, lógico es un pronunciamiento de establecer un régimen de visitas para aquel que no va a gozar de la tenencia. Entiéndase ello como una facultad del juzgador, que aun cuando no haya sido demandado, en tanto que la pretensión se base sólo en la tenencia, el juez puede pronunciarse sobre este extremo no petitionado, esto es el régimen de visitas a favor de aquel padre o madre que no va a convivir con el hijo. (AGUILAR LLANOS, 2009)

En todo caso puede disponer la tenencia compartida: ni a uno ni a otro, para ambos igual, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño. (VARSI ROSPIGLIOSI, Tratado de Derecho de Familia, 2011)

F. Pérdida y Variación de la tenencia

Es un deber demandar la tenencia cuando la integridad del niño corre peligro, aunque la ley no establece una sanción para el padre que no lo hace, el padre que conozca que su hijo puede sufrir daño a su integridad moral o física, debe recurrir al Juez a fin de solicitar la tenencia, teniendo en cuenta que no ha perdido la patria potestad, y que uno de los deberes de la misma es velar por el desarrollo integral del niño. El niño que sufre maltrato, abuso sexual y recibe malos ejemplos, o no asiste regularmente a la escuela, no puede desarrollarse plenamente, es justo entonces que el otro padre solicite la tenencia por el bienestar del niño. La omisión, no es sancionada debido a que quien no tiene la tenencia puede también verse imposibilitado de atender al niño. (DUEÑAS TRIVIÑOS, 2018)

La tenencia debe tenerla sólo el padre que puede cumplir los deberes de la patria potestad, por tanto cualquier persona que considere que un niño viene siendo víctima del incumplimiento de estos deberes debe ponerlo de conocimiento a la autoridad, esto es a la Fiscalía de Familia, a la oficina especializada de Violencia Familiar de las Comisarias, a la Defensoría Escolar, o a la DEMUNA así como a cualquier defensoría del Niño y Adolescente, quienes se encargarán de informar a la autoridad correspondiente la situación de maltrato que sufre el niño.

a) Variación

La Tenencia es un derecho que se atribuye a un solo padre. El derecho de solicitar la variación de la tenencia le pertenece a quien no tiene la tenencia. El padre que no tiene la tenencia, porque mediante resolución judicial se le otorgó al otro, no queda exento de responsabilidad, tanto el que tiene la tenencia como el que no la obtuvo deben cuidar de cumplir con los deberes que corresponden conforme a ley. El padre

que tiene al hijo consigo, tiene mayor responsabilidad de quien no tiene a su lado. Así, si el niño enferma o sufre un daño a su integridad física, se puede atribuir a un descuido que puede ser voluntario o involuntario, puede existir dolo o negligencia en el cuidado del niño. Recordemos que el padre que cede la tenencia al otro, confía en los cuidados que este prodigarán a su hijo; sin embargo, la ley establece la facultad que tiene todo padre de solicitar la Variación de la Tenencia en caso necesario.

El padre que ha tenido durante cierto tiempo al niño ha fortalecido el grado de amor y dependencia del niño. Por esta razón la ley establece que la variación de la Tenencia se realizará con la asesoría del equipo multidisciplinario a fin de que el cambio no produzca daño o trastorno al niño, pero se procederá con el cumplimiento inmediato del fallo, en caso que la integridad del niño se encuentre en peligro.

El requisito es que exista una Tenencia, otorgada por separación de mutuo acuerdo, o divorcio, o una Tenencia otorgada por el Juez. La resolución que establece la separación convencional, establece de conformidad con el convenio, cual es el padre que tendrá a los hijos. Pero esta resolución si bien tienen autoridad de cosa juzgada, en materia de tenencia, puede variar si el otro padre considera que debe tener la tenencia, para ello deberá solicitar en nuevo proceso la tenencia, pero sólo con otra resolución judicial podrá variar la tenencia. La ley establece que en el divorcio por causal el padre o madre que lo provocaron quedan suspendidos en el ejercicio de la patria potestad. Sin embargo el Código del Niño y Adolescente establece que el padre o madre que no tiene la patria potestad puede pedir un régimen de visitas; en caso de que se otorgue, y este no se cumpla, el padre o madre que no tienen la patria potestad pueden solicitar la variación de la tenencia; en este caso el juez observará las circunstancias por las que el que no tiene la patria potestad puede tener en primer lugar el régimen de visitas y luego la posibilidad de que tenga la tenencia. Se debe recordar que el Juez confía los hijos a quien fue víctima del divorcio por causal, pero esto no significa que se permita a esta persona que abuse del derecho conferido. La ley no establece claramente en qué casos no se debe permitir la concesión de un régimen de visitas o de la tenencia. Por el contrario, se presume que el padre que no permite ver a su hijo al otro es porque puede estar protegiéndolo, en todo caso debe probar este hecho.

b) Pérdida

La tenencia obtenida por resolución judicial se pierde por: Resolución Judicial que otorga la tenencia al otro padre, por muerte del padre quien tiene la tenencia.

Después de obtenida la Tenencia por vía judicial, pueden ocurrir una serie de hechos (DUEÑAS TRIVIÑOS, 2018), debidamente comprobados que impulsen al otro padre a solicitar la tenencia. La ley establece dos casos:

- **Pérdida de la tenencia por solicitud de modificación de la tenencia**
La resolución que otorga la tenencia sólo puede modificarse mediante nuevo proceso judicial después de seis meses de otorgada. Para solicitar la modificación se requieren la existencia de circunstancias debidamente comprobadas. La ley establece que deben acontecer circunstancias que obliguen a los padres a solicitar un cambio en la Tenencia, esta

modificación requiere de nuevo proceso. Este proceso lo puede interponer el padre que tiene la tenencia o el otro. La ley establece que deben transcurrir seis meses desde la resolución originaria. Debe haberse legislado de esta forma para que el padre que no tiene la tenencia, pueda tener mayor referencia de la forma en que la tenencia se desarrolla, si en seis meses la tenencia no puede mantenerse debe demandarse nuevamente. Igualmente, el padre o madre que obtuvo la tenencia puede haber viajado repentinamente, o el trabajo la obliga a viajar durante temporadas largas, es decir pueden ocurrir hechos que perjudiquen la tenencia del niño; solamente procede la modificación sin esperar que transcurran los seis meses, en caso de que la integridad del niño o adolescente se encuentre en peligro. ¹⁵Una vez resuelta la Tenencia el otro habrá perdido la Tenencia. Es por tanto útil mencionar que la Tenencia no es causal de pérdida de la patria potestad, ambos padres tienen la patria potestad del niño, la tenencia es un derecho y un deber de la patria potestad.

- **Pérdida de la tenencia por pérdida de la patria potestad**

Quien pierde la patria potestad, pierde la tenencia, debido a que este es un deber y un derecho de la patria potestad. Sin embargo, quien recupera la patria potestad puede reclamar la tenencia con medios probatorios suficientes que acrediten que el niño puede desarrollarse mejor y vivir tranquilamente con él.

- **Pérdida de la tenencia por incumplimiento del régimen de visitas**

El padre o madre que obtuvo la tenencia, debe permitir que se cumpla el régimen de visitas que finalmente se establece en la resolución. El Juez y la sociedad confían en que esta resolución se va a cumplir a fin de brindar paz al niño, siendo la resolución judicial un mandato de una autoridad su incumplimiento puede ser sancionado penalmente como resistencia a la autoridad, con lo cual el padre o madre que no cumpla se verá en un proceso penal. El padre o madre a quien se le imposibilite de visitar a sus hijos cumpliéndose indebidamente una resolución judicial, tiene derecho a solicitar la variación de la tenencia, en cuyo caso el otro padre perderá la tenencia por no cumplir debidamente el Acta de Conciliación Judicial, o la sentencia del Juzgado Especializado de Familia, o la sentencia del Proceso de Divorcio por mutuo acuerdo o la de divorcio por causal en su caso.

2.4.2.4. Diferencia entre la patria potestad y la tenencia

En muchas ocasiones, la patria potestad es erróneamente asemejada a la tenencia, lo cual es una cuestión que tiende a crear muchas confusiones en los propios padres de familia. En realidad, la tenencia es un atributo de la patria potestad, pero no es lo mismo que esta. Los atributos que confiere la patria potestad se encuentran regulados tanto en el artículo 423° del Código Civil, como en el artículo 74° del Código de los Niños y Adolescentes. En estos artículos se hace reconocimiento del derecho de los padres a la

¹⁵ Artículo 58 del Código de Niños y Adolescentes

tenencia de los hijos, el cual es, valga decir, uno de los atributos más importantes que confiere la patria potestad. De acuerdo con Benjamín Aguilar, la tenencia se traduce en la convivencia de los padres con los hijos (AGUILAR LLANOS, 2009). En tal sentido, la tenencia está relacionada a la vida en común que comparten padres e hijos, el vivir en una misma casa y bajo un mismo techo. En relación a esto, también es necesario aclarar que la tenencia no es solo el derecho de los padres a vivir con sus hijos, sino también el derecho de los hijos a vivir con sus padres, por lo que estaríamos hablando de un derecho bilateral. Sería un error enfocarnos en la tenencia como un derecho exclusivo de los padres sin tomar en consideración a los hijos, ya que estos lo poseen también.

Una vez aclarada la relación existente entre la patria potestad y la tenencia, es menester explicar lo relacionado a la titularidad y el ejercicio de la patria potestad, en aras de establecer las diferencias entre ambos beneficios. Por un lado, la titularidad es la legitimidad que tiene un sujeto para ejercer un determinado derecho o para cumplir con un determinado deber. Las personas involucradas en el ejercicio de la patria potestad son los familiares directos y de primer orden, es decir los padres e hijos (CANALES TORRES, 2014). Entre estos hay un sujeto pasivo y uno activo, es decir hay un sujeto que dirige la patria potestad y otro sobre el que recae o a quien va dirigida la patria potestad. En ese sentido, tanto los padres como los hijos están legitimados para ejercer la patria potestad. En opinión de Díez-Picazo y Gullón, “los titulares son los padres y los hijos, es ejercida por ambos, por los padres que la dirigen y por los hijos que la asumen” (CANALES TORRES, 2014). Entonces, hablar de titularidad es hacer referencia a la legitimidad para ejercer.

Por otro lado, el ejercicio es la manera en la que los titulares de la patria potestad llevan a cabo o ejecutan el derecho y cumplen con las obligaciones. Es posible que uno de los padres, por ejemplo, posea titularidad, pero no el ejercicio. Por ello, podemos afirmar que puede existir titularidad sin ejercicio, pero no ejercicio sin titularidad. El requisito para el ejercicio de la patria potestad es la titularidad o legitimación. En este plano es donde se puede ubicar a la tenencia de los hijos. En muchas ocasiones, por la separación de los padres, uno de ellos se queda con la tenencia de los hijos (siempre atendiendo a las particularidades del caso), mientras que el otro es restringido de la misma, pero sin perder la titularidad. En otras palabras, uno de los padres pierde el ejercicio de la patria potestad, relacionado a alguna de sus atribuciones como lo es la tenencia, pero eso no implica que pierda la titularidad de la misma.

2.4.2.5. Diferencia entre la tenencia y la custodia

Sobre el término tenencia, diremos que el Código de los Niños y Adolescentes equipara la tenencia a la custodia; sobre el particular, por ejemplo en el artículo 84, modificado por la Ley 29269, se alcanza a leer lo siguiente “... el juez priorizará el otorgamiento de la tenencia o custodia a quien mejor garantice el derecho del niño niña o adolescente a mantener contacto con el otro progenitor”, sin embargo creemos que ello es un error, pues la tenencia es el atributo, la facultad, el derecho de los padres a vivir con los hijos, derecho que le es reconocido por ley a ambos padres y como resulta de una opinión unánime, ello implica el derecho a convivir con los hijos. (AGUILAR LLANOS, 2009) Ahora bien, ya en el ejercicio del derecho de tenencia surge el deber de los padres a custodiar a sus hijos y que se traduce en la vigilancia, el cuidado y la protección de los

mismos, por lo tanto la custodia vendría a ser un deber (custodia, acción de custodiar o vigilar, persona que cuida a otra), en consecuencia no puede haber identificación entre los términos tenencia y custodia como si fueran sinónimos, en tanto que, como ya quedó claro, la tenencia es un derecho, y la custodia es un deber. Creemos que esta confusión parte del hecho que en otras legislaciones se utilizan estos términos como si fueran idénticos, y ello, al menos en nuestro país no es así. (AGUILAR LLANOS, 2009)

2.4.3. Régimen de Visitas

2.4.3.1 Definición

El profesor Varsi sostiene que el régimen de visitas asegura el desarrollo afectivo, emocional y físico del hijo al permitirle el contacto y comunicación, de manera permanente, con el padre al que no se le otorgó la tenencia; y, que “jurídicamente, visitar implica estar, compartir, supervisar, responsabilizarse; por lo tanto, resulta más conveniente referirnos de manera integral al régimen de comunicación y de visitas” (VARSI ROSPIGLIOSI, 2011)

La autora Canales define al régimen de visitas como el derecho del “(...) padre que no vive con su hijo a estar con él así como, recíprocamente, el derecho del hijo de relacionarse con su padre a quien no ve cotidianamente (...)” (CANALES TORRES, 2014), esto con la finalidad de lograr el desarrollo integral del niño, niña y adolescente.

Así, el régimen de visitas “(...) se identifica como un derecho-deber a tener una adecuada comunicación entre padres e hijos (y viceversa) cuando no existe entre ellos una cohabitación permanente” (CANALES TORRES, 2014)

En esa línea, el profesor Aguilar señala que el derecho de visitas “(...) no solo debe contemplarse como un derecho del padre, sino también como un deber, y consecuentemente como un derecho del niño” (AGUILAR LLANOS, 2009)

Finalmente, la Segunda Sala Especializada en Familia de la Corte Superior de Justicia ha señalado que:

(...) siendo la finalidad del régimen de visitas afianzar los lazos paterno filiales a efectos de procurar un óptimo desarrollo integral del menor de edad, y siendo que en el presente caso no se advierte causal que manifieste que de la cercamiento entre el padre y su hijo resulte perjudicial para este último; destacándose que la visita no es solamente un derecho de los padres, sino también –y principalmente– de los hijos, que requieren de la imagen paterna para un desarrollo saludable¹⁶

Sobre su denominación, la Real Academia Española ha definido al término régimen como un “conjunto de características regulares o habituales en el desarrollo de algo”¹⁷ También, ha definido al término visitas como “ir a ver a alguien en el lugar en que se halla”¹⁸ Así, en su concepción más básica se podría entender que el régimen de visitas

¹⁶ Expediente 1381-2009. Sentencia: 20 de enero de 2010. Segunda Sala Especializada en Familia de la Corte superior de Justicia de Lima

¹⁷ Según la definición de la Real Academia Española.

¹⁸ Según la definición de la Real Academia Española.

es ver a alguien, en el lugar en dónde se encuentre, cada determinado tiempo. Sin embargo, para el Derecho de Familia este término implica más que solo visitar al hijo de manera periódica; sino que es crear un vínculo afectivo entre ambos que debe incluir el “[...] derecho a mantener correspondencia con el menor, la convivencia por lapsos de tiempo, o periodos vacacionales” (AGUILAR LLANOS, 2009).

Lo anterior ha sido considerado en la decisión de un juez de primera instancia de la Sexta Sala Civil de Personas y Familia de la provincia de Salta en Argentina que determinó que un padre complementa su régimen de visitas a través del uso de la tecnología: chat de videoconferencia o de WhatsApp. Esto debido a que dicho padre pretendía encontrarse con su hijo una vez al mes o cada tres meses, debido a su horario de trabajo y a que no podía coincidir con el cronograma determinado para las visitas. Sin embargo, el juez propuso el uso de la tecnología para que el vínculo de comunicación entre ambos se mantenga y así dicho niño de edad no sienta la ausencia de su padre (LA LEY, 2015)

En la regulación nacional se ha considerado expresamente al régimen de visitas como un derecho de los padres de visitar a sus hijos. Así, el artículo 422 del CC contempla que “en todo caso, los padres tienen derecho a conservar con los hijos que no estén bajo su patria potestad las relaciones personales indicadas por las circunstancias”.

En esa misma línea, el artículo 88 del CNA establece que los padres que no ejercen la patria potestad tienen derecho a visitar a sus hijos, pero como requisito previo deberán acreditar que cumplen con su obligación alimentaria o, en todo caso, la imposibilidad de cumplimiento de dicha obligación.

2.4.3.2 Titulares del derecho de visitas

En virtud de la Doctrina de la Protección Integral, en el régimen de visitas intervienen las siguientes partes:

- A. **Visitados:** los hijos
- B. **Visitantes:** los padres que no ejercen la tenencia de los hijos, los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; y, los terceros interesados.

El artículo 88 del CNA regula el supuesto en el que uno de los padres ha fallecido, se encuentra fuera del lugar de domicilio o se desconozca su paradero, entonces los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad de dicho padre podrán solicitar el régimen de visitas. El juez podrá otorgar este régimen respetando el acuerdo de los padres y en atención al interés superior del niño de edad, y podrá variarlo de acuerdo a las circunstancias, en resguardo de su bienestar.

El régimen de visitas, que es determinado por el juez, se puede extender a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; y, a terceros siempre que así lo justifique el interés superior del niño, niña y adolescente, esto de acuerdo al artículo 90 del CNA.

En síntesis, el régimen de visitas se fundamenta en el derecho del niño, niña o adolescente a tener una relación constante con el padre que no vive a fin de lograr su desarrollo integral. Asimismo, es un derecho de dicho padre a relacionarse con su hijo, que puede extender a terceras personas. Los titulares de dicho derecho son los padres que no gozan de la tenencia de los hijos, los hijos y los terceros interesados.

2.4.3.3 Finalidad del Régimen de Visitas

Según (VARSI ROSPIGLIOSI, 2017) *“la finalidad del régimen de visitas es afianzar los lazos paternos filiales a efectos de procurar un óptimo desarrollo integral del menor de edad, destacando que la visita no es solamente un derecho de los padres, sino también y principalmente de los hijos, que requieren de la imagen paterna para un desarrollo saludable”*

2.4.3.4 Régimen de Visitas: Interés Superior del Niño

“El régimen de visita de menores tiene como factor decisivo el interés superior de estos sobre cualquier otra circunstancia que pueda concurrir en cada caso, sin que el padre o la madre puedan alegar preferentemente derecho, ello sin perjuicio de que contemplen los intereses y efectos de los progenitores en cuanto no se opongan a los hijos”.¹⁹

2.4.4 El Equipo Multidisciplinario

Según (PIZARRO AGUILAR, 2018), el equipo multidisciplinario es aquel que esté formado por un grupo de profesionales de diferentes disciplinas, donde uno de ellos es el responsable del trabajo que se lleva a cabo. Sin embargo, requiere del aporte del resto de los profesionales para obtener el logro de los objetivos comunes.

Los equipos multidisciplinarios de Familia fueron creados el 17 de diciembre del 2008 mediante resolución administrativa N° 321- 2008-CE-PJ del consejo ejecutivo del poder judicial en las cortes superiores del país con el fin de fortalecer a dichos órganos jurisdiccionales. Su creación fue una respuesta a la compleja realidad que caracteriza a los casos de familia en que llegan al poder judicial. (PODER JUDICIAL, 2016)

El Equipo Multidisciplinario está conformado generalmente por psicólogos, trabajadoras sociales, educadores sociales y/o promotores sociales, profesores de taller, docentes y personal de salud, quienes se encargan del tratamiento y educación de los adolescentes en conflicto con la Ley Penal, de acuerdo a su especialidad, a efecto de rehabilitarlos y reinsertarlos a la sociedad mediante el desarrollo de actividades encaminadas a asistirlos en sus necesidades emocionales, corporales, familiares y sociales, hasta conseguir su auto gobierno como expresión de su readaptación. (PODER JUDICIAL, 2016)

En esta línea, se trabaja esencialmente con los factores protectores tanto en el ámbito individual, grupal y familiar, incidiendo en los aspectos del desarrollo socio-

¹⁹ Régimen de Visitas (Primera Sala Especializado en Familia 28 de Noviembre de 2011).

personal como: autoestima, autonomía, responsabilidad, competencia para las relaciones interpersonales, otros.

En el espacio terapéutico, una de las estrategias es hacer al adolescente más autónomo y responsable de la construcción de su propio estilo de vida saludable, ayudándolo a darse cuenta de la importancia del autocontrol ante situaciones adversas y aprender a solucionar sus problemas con los medios a su alcance, estimularlos a la toma de decisiones en forma autónoma, razonada y responsable. Esta función se realiza en forma sostenida, firme y focalizada, teniendo en cuenta la singularidad de cada programa en el cual está inmerso el adolescente.

Asimismo, se les incentiva, plantea retos, se brinda apoyo para reconocer sus errores y a la vez según los logros alcanzados, se les fomenta sentimientos de competencia personal y de seguridad, haciendo que se sientan aceptados y que vayan formando una imagen positiva de sí mismos.

Finalmente, se orienta a los adolescentes en la formulación de metas personales, laborales y de capacitación, preparándolos para salir de su grupo de pertenencia, así como se les ayuda para que actúen responsablemente bajo nuevas circunstancias, con una actitud crítica y positiva hacia la realidad social.

2.4.4.1 Atribuciones

Según refiere (RAMOS MILLONES, 2018) son atribuciones del Equipo Multidisciplinario:

- a) Emitir los informes solicitados por el Juez o el Fiscal;
- b) Hacer el seguimiento de las medidas y emitir dictamen técnico, para efectos de la evaluación correspondiente, así como las recomendaciones para la toma de las medidas pertinentes;
- c) Otras que disponga nuestro Código. Como podemos apreciar, el Equipo Multidisciplinario es el encargado de verificar si la información dada por las partes es cierta o mejor dicho se encargan de corroborar la información dada por estos y en todo caso es una ayuda para que los Jueces puedan resolver de manera justa los casos que se les presenta; son partícipes del proceso cuando lo solicita el Juez.

2.4.4.2 Importancia

(CABELLO MATAMALA, 2017) Señala que “Respecto al fortalecimiento del trabajo interdisciplinario, se ha advertido la relevancia que tiene en la especialidad y particularmente en relación al derecho a ser oído de los niños, niñas y adolescentes, antes, durante y después de su participación, como importante elemento técnico colaborador a la labor jurisdiccional, por lo se requiere potencializar los equipos multidisciplinarios en las Cortes de Justicia, con el equipo profesional especializado, proyectando incluso su desplazamiento itinerante en las zonas sociales requirentes al interior de sus respectivas Cortes de Justicia”.

Según la psicóloga Isabel Aguilar integrante del equipo multidisciplinario, su labor consiste en evaluar por orden expresa del Juez mediante una pericia psicológica en

procesos judiciales de familia, son opiniones psicológicas fundamentadas. “El juez requiere las pericias psicológicas para dar una acertada decisión se necesita recabar información sobre quien se va decidir (...) en caso de tenencia, régimen de visitas, lo que se está decidiendo es las posibilidades de un padre de vivir con sus hijos, se evalúa las capacidades parentales, si el padre concentra limitaciones psicológicas de corte profundo, trastornos, rasgos de personalidad, problemas psiquiátricos” (AGUILAR, 2016)

La importancia de la intervención del equipo multidisciplinario radica en que, la correcta pericia en materia de familia realizada a los padres a los niños, a su entorno familiar, social, a las condiciones de vivencia, permite al juez tomar una decisión acertada, teniendo en consideración el interés superior del niño.

2.4.5 Principio Del Interés Superior Del Niño

El principio del interés superior del niño es uno de los principios cardinales en materia de derechos del niño. Este principio aparece consagrado, en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. La Convención es el tratado internacional que presenta la mayor ratificación en el mundo, ya que todos los Estados, excluyendo a Estados Unidos y Somalia, la han ratificado, lo que demuestra el grado ampliamente generalizado de reconocimiento y aceptación de la fuerza obligatoria de las normas sobre derechos humanos de los niños, contenidas en dicha Convención.

Si bien este instrumento internacional, tiene un carácter indeterminado o noción de esta directriz tan importante, el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, señala un concepto triple del principio del interés superior del niño, pues se le considera un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento (UNICEF, 2013):

- Es un derecho sustantivo, debido a que el niño, niña y adolescente tiene derecho a que su interés superior sea una consideración primordial, por eso se debe garantizar y practicarlo siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte el desarrollo de estos sujetos de derecho.
- Es un principio jurídico interpretativo fundamental, debido a que siempre se elegirá la interpretación que satisfaga, garantice y respete de manera más efectiva el interés superior del niño.
- Es una norma de procedimiento, pues para evaluar y determinar el interés superior del niño se requieren garantías procesales.

Con todo esto se concluye que el principio de interés superior del niño tiene como fin la protección de los derechos del niño, es decir, tanto el derecho a la identidad, filiación como el derecho al nombre y personalidad. (RIVERA, 2018)

2.4.5.1. Análisis Normativo del Principio del Interés Superior del Niño

A. El Interés Superior y los instrumentos Internacionales

a) Convención sobre los Derechos del Niño²⁰

Este principio busca el bienestar de todos los niños, pudiendo prevalecer este sobre cualquier otra circunstancia, considerándose para ello lo que más le convenga en el caso concreto, además de sus necesidades físicas, emocionales y educativas; a fin de lograr establecer el mejor porvenir para estos sujetos de derecho en desarrollo; lo que a la vez significa poder vivir dignamente en donde se va garantizar y respetar las necesidades básicas de los menores de edad, tales como las afectivas, las físico-biológicas, las cognitivas, la emocionales y las sociales (LOPEZ CONTRERAS, 2015); es de gran amplitud, debido a que es responsabilidad de toda la sociedad promover y proteger el interés superior; siendo una norma de interpretación pues se considera siempre en la resolución de conflictos y además es una directriz de políticas públicas para la infancia. (CILLERO BRUÑOL)

La Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989; con la Convención se reforzó el objetivo de la protección de los niños como sujetos de derechos humanos, siendo beneficiarios de una protección especial en su calidad de grupo más vulnerable, al tratarse de menores de 18 años; constituyéndose de esa manera el principio interés superior del niño como un elemento determinante para la protección de la infancia. (AGUILAR LLANOS, 2009)

Este principio se encuentra plasmado en el artículo 3 inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual establece que:

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos o deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.”.

(FREEDMAN) hace ciertas precisiones: “En primer lugar, es un principio jurídico garantista que establece el deber estatal de privilegiar los derechos de los niños pertenecientes al “núcleo duro” frente a otros derechos e intereses

²⁰ La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el año 1989.

colectivos. Lo cual, implica un deber de privilegio de los derechos fundamentales de los niños en el diseño e implementación de las políticas públicas estatales.”

En la Convención también se consagran los siguientes principios; el derecho a la supervivencia y el desarrollo, el derecho a la libertad de expresión y ser escuchado, además, del derecho a la no discriminación; los cuales se interrelacionan entre si y a la vez guardan una estrecha relación con el principio del interés superior del niño, pues siempre se le debe considerar en la aplicación de cada uno de ellos.

b) Declaración de los Derechos del Niño²¹

En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos este principio fue inicialmente reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño, que en su Principio 2 establece:

“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Esta norma constituye el primer avance en la protección de los derechos del niño y constituye antesala para la dación de la Convención sobre los derechos del niño, que trata con amplitud y especialidad referente a los derechos del niño.

c) Otros Instrumentos

- **La Opinión Consultiva OC-17/02 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²²**

Ha señalado que el principio de interés superior del Niño se “funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”.

- **El artículo 16° del Protocolo de San Salvador**

Que establece que todo “niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de niño requiere por parte de su familia, de la sociedad, de la comunidad y del Estado”

B. El Interés Superior del Niño en el Ordenamiento Jurídico Nacional.

- a) **Constitución:** Gran parte de la doctrina considera que nuestro ordenamiento jurídico recoge este importante principio, en el artículo 4° de nuestra Constitución, el cual dispone:

²¹ La Declaración de los Derechos del Niño es un tratado internacional aprobado el 20 de noviembre de 1959 de manera unánime por todos los 78 Estados miembros que componían entonces la Organización de Naciones Unidas, Organización de la cual el Perú es miembro

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02, del 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, párr. 56.

Artículo 4° “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley”.

A decir del Tribunal Constitucional el principio de interés superior del niño se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 4° de la Constitución, por lo que, “en virtud este principio, las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social”

b) Código de los Niños y Adolescentes²³:

El Artículo IX del Título Preliminar dispone:

Artículo IX: “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”.

En ese sentido, en base al artículo 4° de nuestra Constitución, artículo IX del T.P del CNA y normatividad internacional señalada, en virtud al principio de interés superior del niño y del adolescente, las acciones que tomen el Estado, los integrantes de la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social. Por lo que también, en la elaboración, interpretación y aplicación de las normas relacionadas con los niños, así como las políticas públicas y programas sociales, deben estar dirigidas al pleno, armonioso e integral desarrollo de su personalidad en condiciones de libertad, bienestar y dignidad. (DUEÑAS TRIVIÑOS, 2018)

c) En el Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2012-2021

El carácter vinculante de la CDN para los Estados Parte, tuvo como consecuencia que el Perú modifique su legislación y políticas públicas con la finalidad de que se incluyan los preceptos contemplados en la CDN.

En esta línea, se elaboraron cuatro PNAIA's para los periodos 1992-1995, 1996-2000, 2002-2010 y 2012-2021: El 1er PNAIA se implementó después que se ratificara la CDN y se aprobó el CNA; las líneas de acción de este Plan estaban orientadas hacia “(...) la infancia en riesgo y la adolescencia en conflicto con la ley, poniendo de manifiesto la inercia institucional y los tiempos que requiere la

²³ Código de Niños y Adolescentes, promulgado mediante Ley N° 27337, de fecha 21 de julio del 2000.

transformación de las instituciones” (ALEGRE, 2014). El 2do PNAIA tenía como meta el alivio de la pobreza a través de tres objetivos centrales: supervivencia, protección y desarrollo. El 3er PNAIA se constituyó en “el documento marco de las acciones, programas y estrategias que deberán asumir y ejecutar los diferentes sectores e instituciones del Estado y la Sociedad Civil, para lograr el cumplimiento de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes peruanos (...)” (PROMUDEH, 2002), a través de este Plan se incorporó la Doctrina de la Protección Integral, pues tiene como principios rectores: la igualdad de oportunidades entre los niños, niñas y adolescentes. Por último, el 4to PNAIA fue elevado a rango de ley, lo cual implica que su aplicación es obligatoria a nivel nacional. Este documento, contempla seis principios que son denominados como su piedra angular y que se sustentan en valores universales a los que el Perú se ha adscrito: (i) el interés superior del niño, niña y adolescente, (ii) la igualdad de oportunidades, (iii) la niña y el niño como sujetos de derecho, (iv) la autodeterminación progresiva, (v) la participación; y, (vi) la familia como institución fundamental para el desarrollo de las personas.

d) En la Ley 30466: Ley que establece los parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, niña y adolescente, y su reglamento

La Ley 30466²⁴ “Ley que establece los parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño”. De acuerdo a su artículo 1, el objeto de la Ley es establecer parámetros y garantías para que en los procedimientos y procesos en los que se encuentre inmerso un niño se otorgue la consideración primordial a su interés superior.

Basándose en la Observación General 14 del Comité DN, la Ley en su artículo 2 ha definido al interés superior del menor de edad como un derecho, principio y una norma de procedimiento que le otorga “(...) el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos”. Asimismo, en su artículo 3 contempla los parámetros que se deberán tener en cuenta en los procesos y procedimientos administrativos para aplicar el interés superior del niño, niña y adolescente en un caso en concreto: El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño, el reconocimiento de los niños como titulares de derechos, la naturaleza y el alcance globales de la Convención sobre los Derechos del Niño, el respeto, la protección y la realización de todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, los efectos a corto, mediano y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a lo largo del tiempo.

El artículo 4 de la Ley enumera las garantías procesales a aplicarse para la consideración del interés superior del niño. En el último párrafo de este artículo se ha señalado que cuando existan posibles conflictos entre el interés superior del niño o un grupo de estos o con terceras personas, serán resueltos caso por caso sopesando los intereses de todas las partes y encontrando una solución adecuada.

²⁴ Publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 17 de junio de 2016.

Finalmente, con relación a la fundamentación de la decisión que tomen los organismos públicos, el artículo 5 señala que estos “(...) en todo nivel están obligados a fundamentar sus decisiones o resoluciones, administrativas o judiciales, con las que se afectan directa o indirectamente a los niños y a los adolescentes”.

2.4.5.2. Análisis Doctrinal del Principio del Interés Superior del Niño

A. Definición del Interés Superior del Niño

(PLACIDO VILCACHAGUA A. , 2002) señala que “el interés superior del niño es el conjunto de circunstancias que establecen las adecuadas condiciones de vida del niño y que, en casos concretos, permiten determinar la mejor opción para la debida protección de sus derechos fundamentales, preservando su personalidad, de prevalencia de lo espiritual sobre lo material (una vez asegurados ciertos mínimos) y de lo futuro sobre lo inmediato (sin descuidar un mínimo de equilibrio afectivo), atendiendo en lo posible sus gustos, sentimientos y preferencias, etc. que también influyen en los medios elegibles”.

El interés superior de las niñas, niños y adolescentes se basa fundamentalmente en el bienestar integral de estos sujetos de derecho, garantizando su desarrollo, físico, psicológico y social, respetando ante todo sus derechos y libertades; además se deben considerar, al principio de no discriminación, de supervivencia y desarrollo, así como de respeto de la opinión del niño para determinar y aplicar el principio del interés superior. (LLANCARI, 2010)

Nuestra Corte Suprema de la República ha señalado que “el principio de interés superior del niño implica que el desarrollo del niño y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la aplicación de las normas en lo relativo a la vida del niño; igualmente este principio rector se constituirá en un estándar jurídico que permitirá adecuar los contenidos normativos abstractos a lo empírico, solucionando de esta manera, la disociación existente en un caso concreto, entre la norma y su administración o realización”²⁵.

En ese sentido, lo que se propone con el principio del interés superior del niño es, justamente, que la consideración del interés del niño debe primar al momento de resolver sobre cuestiones que le afecten. Este principio exige tomar en cuenta o en consideración al niño como un ser humano, como un verdadero sujeto poseedor de derechos que deben ser respetados, especialmente por los adultos y por el Estado (AGUILAR CAVALLO, 2008). Es por ello que, en cualquier medida, acción y/o política que se emita deba considerarse como

²⁵ Casación N° 4881-2009-AMAZONAS, del cinco de abril del 2011, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República. Quinto considerando.

prioritario lo que sea más conveniente para ellos y que ante considerar otro interés debe preferirse el interés del niño. Su supervivencia, protección y desarrollo debe estar por encima de todo. Así, es enfático al señalar que el interés torna a las normas que atañen al infante en normas de orden público, es decir, de obligatorio cumplimiento. (AGUILAR LLANOS, 2009)

B. Objetivo

Según (BENNASAR, s.f.), el principio del interés superior tiene por objetivo la promoción y garantía del bienestar de todos los niños, en varios aspectos:

- El bienestar físico: Asegurando la buena salud del niño, niña o adolescente, así como su buen desarrollo (salud, alimentación, higiene, entre otros).
- El bienestar mental: ofrece la posibilidad de desarrollarse intelectualmente (salud mental, protección al maltrato, tiempo libre, entre otros).
- El bienestar social: asegura que el niño, niña y adolescente se desarrolle o realice socialmente y espiritualmente (libertad de expresión, pensamiento, religión).

El principio del interés superior del niño no solo es resguardado por los integrantes de la familia, sino también por la sociedad, el Estado y todas las entidades que lo integran, pues el interés superior además de un principio también es un derecho y una norma de procedimiento que todos debemos garantizar. Este principio busca el bienestar físico, mental y social del niño, niña y adolescentes, para que este pueda tener un desarrollo integral, teniendo en cuenta que son sujetos de derecho en desarrollo, por lo que se tiene que considerar sus deseos, sentimientos y necesidades físicas, emocionales y educativas, en cada caso concreto.

C. Características

Según (ZERMATTEN, 2003), la noción del interés superior del niño reviste varias características:

- a) El interés superior no es un derecho subjetivo o sustancial estricto sensu, sino que es un principio de interpretación que debe ser usado en todo tipo de medidas que conciernan a los niños.
- b) De acuerdo con la Convención²⁶, este principio será de consideración inmediata durante el proceso de toma de decisiones en temas que conciernan a los niños y adolescentes.
- c) El concepto de interés superior es “indeterminado” pues debe ser clarificado en la práctica. La jurisprudencia debe ayudar a desarrollar soluciones para situaciones individuales o de un grupo de niños.
- d) Este principio está inmerso en un espacio y tiempo en particular. Por tanto, su determinación en el caso concreto va a depender del conocimiento científico

²⁶ Artículo 3 CDN:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

en constante evolución y ha de tener en cuenta los estándares de interpretación válidos existentes.

- e) Una decisión que tenga en cuenta el interés superior del niño deberá haber considerado las consecuencias a corto, mediano y largo plazo de la misma.
- f) Es un principio en constante evolución pues el conocimiento continúa desarrollándose.
- g) El criterio del interés superior es doblemente subjetivo. Por un lado, está la subjetividad colectiva (en una sociedad, en cualquier momento de la historia, existe una idea de lo que es mejor para un niño) y, por otro, la subjetividad individual (que incluye las ideas de lo que significa el interés superior para los padres (o representantes legales), para el niño en cuestión y para el juez o el funcionario que tiene a su cargo tomar decisiones).

D. Funciones

Según (AMEGHINO, s.f.), el principio del interés superior tiene las siguientes funciones normativas:

a) Como principio garantista

El principio del interés superior del niño, es un principio jurídico garantista, entendiéndose como una obligación por parte de las entidades públicas o privadas, de salvaguardar el cumplimiento de los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes; este principio jurídico garantista asimismo, sirve de base a las autoridades al momento de tomar sus decisiones respecto a todo tema concerniente al desarrollo integral de los menores de 18 años, a fin de respetar su interés superior.

b) El deber de satisfacer todos los derechos:

El principio del interés superior se encarga de velar por la satisfacción de todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes consignados en la Convención, a fin de garantizar la protección integral de estos sujetos de derecho en desarrollo.

La aplicación de los derechos del niño es un deber que deben cumplir todos los Estados que ratificaron la Convención considerando siempre el interés superior.

(ZERMATTEN, 2003) sostiene que el principio de interés superior del niño tiene dos funciones "clásicas" el de controlar y el de encontrar una solución (criterio de control y criterio de solución):

a) Criterio de Control

El interés superior sirve para asegurar que el ejercicio de derechos y las obligaciones de los niños sean facilitados y cumplidos. En temas concernientes al derecho de familia, servicios de protección de los niños, las situaciones de cuidado alternativo y los casos de migración es necesario determinar si el interés superior del niño ha sido considerado.

b) Criterio de Solución

El concepto de interés superior asiste a los funcionarios encargados de tomar medidas con el fin de arribar a decisiones apropiadas en casos que involucren niños; así, en estos casos se debe llegar a soluciones con el impacto más positivo o el menos negativo para el niño y adolescente.

Por otro lado, (CILLERO BRUÑOL) señala que la noción de interés superior es una garantía de que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen; en base a ello, señala las funciones que cumple este principio:

- a) Ayudar a que las interpretaciones jurídicas reconozcan el carácter integral de los derechos del niño y la niña.
- b) Obligar a que las políticas públicas den prioridad a los derechos de la niñez.
- c) Permitir que los derechos de la niñez prevalezcan sobre otros intereses, sobre todo si entran en conflicto con aquellos.
- d) Orientar a que tanto los padres como el Estado en general, en sus funciones que les son relativas, tengan como objeto "la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos y que sus facultades se encuentran limitadas, justamente, por esta función u objetivo".

En ese sentido, resumiendo podemos decir que el principio de interés superior del niño tiene dos implicancias fundamentales. En primer lugar, cumple una función hermenéutica, en tanto permite que se haga una interpretación sistémica y acorde con el predominio de los derechos de la infancia. En segundo lugar, su cumplimiento se impone como obligación tanto en el ámbito público como privado. (ALEGRE, HERNÁNDEZ, & ROGER, 2014)

E. Principios relacionados con el Interés superior del Niño

Cuando hay una ruptura en las relaciones familiares y los niños quedan en una situación de desamparo y potencial vulneración de sus derechos, el estado es el llamado a intervenir. Para ello, el Tribunal Constitucional ha señalado que para proteger al niño o adolescente, debemos tener en cuenta sobre el respeto de los siguientes principios y derecho:

a) El principio de protección especial del niño.

En virtud de este principio el niño tiene derecho a disfrutar de una atención y protección especial y a gozar de las oportunidades para desarrollarse de una manera saludable, integral y normal, en condiciones de libertad y de dignidad; por ello, ningún acto legislativo puede desconocer los derechos de los niños ni prever medidas inadecuadas para garantizar su desarrollo integral y armónico, pues en virtud del artículo 4º de la Constitución, el bienestar (físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social) del niño se erige como un objetivo constitucional que tiene que ser realizado por la sociedad, la comunidad, la familia y el Estado²⁷

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Exp. N° 01817-2009-PHC/TC. FJ. 7.

En ese sentido, sobre la base del artículo 4° de nuestra Constitución y teniendo el carácter normativo de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, el niño y el adolescente es considerado como sujeto de derecho de protección especial que requiere de asistencia y cuidados adecuados, necesarios y especiales para su desarrollo y bienestar, tanto antes como después del nacimiento. Ello se debe a “su condición de debilidad manifiesta para llevar una vida totalmente independiente, de modo, que por la situación de fragilidad, inmadurez o inexperiencia en que están los menores frente a los adultos, se le impone a la familia, a la comunidad, a la sociedad y al Estado, la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar tanto su desarrollo normal y sano en los aspectos biológico, físico, psíquico, intelectual, familiar y social, como la promoción y preservación de sus derechos y el ejercicio pleno y efectivo de ellos”

b) El derecho a tener una familia y no ser separado de ella.

Como señala el Tribunal Constitucional, “el niño tiene derecho a tener una familia y a vivir con ella, a fin de satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, debido a que ésta es el instituto básico, natural y fundamental de la sociedad, para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños”²⁸

Dicho así, el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia y una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, que aun cuando los padres estén separados de sus hijos impone que la convivencia familiar esté garantizada, salvo que no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar. (DUEÑAS TRIVIÑOS, 2018)

En nuestra legislación, este principio se encuentra reconocido en el artículo 8° del Código de los Niños y Adolescentes, cuando señala que “el niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia”.

En el Derecho internacional, este principio se encuentra consagrado en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce que “el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión” y en el artículo 9.1 de la misma Convención, que establece que “los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos”.

c) El derecho a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material.

Este derecho se encuentra reconocido en el Principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño, que establece que el “niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de amor y comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de

²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Exp. N° 01817-2009-PHC/TC. FJ. 15.

sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material”.

En virtud de este derecho “la familia y, en su defecto, el Estado, la sociedad y la comunidad, asumen la obligación de cuidar, asistir y proteger al niño para procurar que tenga un nivel de vida adecuado y digno para su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual y social. La eficacia de este derecho pone de relieve la importancia de las relaciones parentales, toda vez que los padres son los primeros en dar protección y amor a sus hijos, así como en satisfacer sus derechos”²⁹

d) El derecho al desarrollo armónico e integral.

El desarrollo integral es definido como la “(...) atención y promoción de todas las áreas, dimensiones y ámbitos del ser humano en su conjunto y de forma globalizada” (SOLER, 2016). Es decir, abarca aspectos físicos, mentales, sociales, morales y espirituales que alientan la maduración de las capacidades del ser humano y su mejor desenvolvimiento en la sociedad.

En específico, el desarrollo integral del niño es un proceso de continuo cambio por el cual aprende a manejar y a controlar sus movimientos, sus pensamientos, su razonamiento, sus sentimientos y su relación con los demás. Por ello, involucra un proceso multidimensional que incluye cambios en todos los aspectos de la vida del niño, niña y adolescente (TORREALVA, y otros, 1999).

Este derecho encuentra su fundamento en el artículo 27 de la CDN: desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. Estos deberán tenerse en cuenta, como mínimo, por los jueces de familia en cada decisión que tomen y al momento de evaluar y determinar el interés superior del niño, niña y adolescente en los procesos judiciales de tenencia.

La finalidad del desarrollo integral es que el niño pueda desenvolverse, de manera plena, en todos los ámbitos de su vida; por ello, para garantizar dicho desarrollo en las decisiones judiciales es necesario: (i) conocer y tener en cuenta la opinión de los niños, niñas y adolescentes; y, (ii) determinar el mejor entorno familiar, social y educativo para ellos.

En esa línea, el Tribunal Constitucional ha señalado que para asegurar el desarrollo integral del niño es vital que crezca junto a sus padres, a pesar de que se encuentren separados, ya que de esta manera podrá fortalecer sus lazos afectivos con aquellos:

(...) el niño necesita para su crecimiento y bienestar del afecto de sus familiares, especialmente de sus padres, por lo que impedírselo o negárselo sin que existan razones determinantes en función del interés superior de aquél, entorpece su crecimiento y puede suprimirle los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral, así como generar la violación de su derecho a tener una familia³⁰

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Exp. N° 01817-2009-PHC/TC. FJ. 20.

³⁰ Expediente 02892-2010-PHC/TC. Sentencia: 6 de diciembre de 2010.

En conclusión, los primeros obligados a procurar el desarrollo integral del niño son sus padres y para asegurar que se cumpla con dicha obligación, el Derecho lo ha regulado a través de las instituciones jurídicas de la patria potestad, la tenencia y el régimen de visitas.

2.4.5.3. Análisis Jurisprudencial del Principio del Interés Superior del Niño.

A. El Interés Superior del Niño en la Interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En la jurisprudencia supranacional, la corte IDH se ha pronunciado en dos casos muy emblemáticos, hablamos pues de los casos *Atala Riffo y niñas vs. Chile* y *Fornerón e hija vs. Argentina*, en donde la corte considera que el interés superior del niño se sustenta en el reconocimiento de su propia dignidad, en su valor como ser humano y en sus propias características. Citamos la primera:

*En relación al interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.*³¹

La Corte IDH también ha señalado que el interés superior del niño “(...) implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”³²

Sobre el desarrollo de los niños se ha precisado que es un “(...) concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social”³³. Por ello, la calidad de vida, el afecto, la comprensión y la seguridad que se brinde a los niños, niñas y adolescentes son determinantes para impulsar la construcción de una personalidad saludable, aprovechar sus potencialidades, lograr la maduración de sus capacidades y la autorrealización en su entorno, a efectos de que puedan desenvolverse saludablemente en sociedad. Procurar lo anterior (padres, la familia, la sociedad y el Estado) evita que se produzca cualquier daño irreparable a su proyecto de vida y que se preserve su identidad, conforme se ha pronunciado la Corte IDH en el caso *Reggiardo Tolosa*³⁴

En ese mismo sentido, en el caso *Fornerón e hija vs. Argentina*, la Corte IDH considera importante que “toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o niña, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia”³⁵

³¹ Caso “Masacres de Río Negro Vs. Guatemala”. Sentencia: 4 de setiembre de 2012.

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_250_esp.pdf

³² Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC17/2002: 28 de agosto de 2002.

http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

³³ Caso “Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay”. Sentencia: 2 de setiembre de 2004.

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf

³⁴ Caso “Reggiardo Tolosa”. Resolución 19 de noviembre de 1993.

<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/18/pr/pr10.pdf>

³⁵ Caso “Fornerón e hija Vs. Argentina”. Sentencia: 27 de abril de 2012.

http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf

Respecto a la prevalencia del interés superior de los niños, niñas y adolescentes en los asuntos que los involucren, la Corte IDH señala que: *“Este Tribunal ha señalado que revisten especial gravedad los casos en que las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad.”*³⁶

En resumen, cuando se toma en cuenta al interés superior de los niños se garantiza el respeto y la satisfacción de sus derechos, ya que se considera al niño, niña o adolescente como un ser humano que tiene valor por sí mismo y que tiene derecho a desarrollarse, de manera plena, en todos los ámbitos de su vida.

B. El Interés Superior del Niño en la Jurisprudencia Nacional

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República considera que el interés superior del niño es un principio que *“(...) significa que cualquier medida que se tome a nivel público o privado deberá contemplar en primer lugar el cuidado de que no dañe ni ponga en riesgo el cumplimiento de ningún derecho de niñas, niños y adolescentes”*³⁷

Por otro lado, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema precisa que debe entenderse al interés superior del niño como la: *“(...) plena satisfacción de sus derechos, la protección integral y simultánea de su desarrollo integral y la calidad o nivel de vida adecuado,”*³⁸ *el cual nos trae como consecuencia que, en virtud del mismo, los derechos del niño y la niña deban ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección de los mismos; pues el mismo permite resolver “conflicto de derechos” recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto, luego de haberse establecido la imposibilidad de satisfacción conjunta*³⁹

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema considera al interés superior del niño, niña y adolescente como un principio rector, cuyos criterios a tener en cuenta en la aplicación de normas son su desarrollo y el ejercicio pleno de sus derechos. Asimismo, sostiene que dicho principio:

*(...) se constituirá en un estándar jurídico que permitirá adecuar los contenidos normativos abstractos a lo empírico, solucionando de esta manera, la disociación existente en un caso concreto, entre la norma y su administración o realización. Siendo así, el interés superior del niño representará la valoración prevaleciente en la especie a decidir, con alcances particulares (...)*⁴⁰

³⁶ Caso “Las Ninas Yean y Bosico Vs. República Dominicana”. Sentencia: 8 de setiembre de 2005.

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf

³⁷ Expediente 1006-2007 LIMA. Casación: 5 de mayo de 2008. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República

³⁸ Artículo 27.1 de la convención internacional sobre los derechos de los niños.

³⁹ Expediente 563-2011 LIMA. Casación: 6 de diciembre de 2011. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República.

⁴⁰ Expediente 4881-2009 AMAZONAS. Casación: 5 de abril de 2011. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República.

También, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el interés superior del niño, niña y adolescente es un principio que debe entenderse como un:

(...) instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño tanto en el aspecto físico, como psíquico y social. Este principio impone una obligación en las organizaciones públicas o privadas, orientadas a examinar el criterio de protección realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo serán tenidos en cuenta; así como, debe servir como unidad de medida en caso de encontrarse en convergencia con otros intereses, como puede ser el referido a las situaciones de indefinición respecto del cobro de pensiones fijadas en determinada sentencia ante la inacción de quien se encuentra legitimado para exigir el cobro⁴¹

Dicho Tribunal sostiene que el interés superior del niño es un principio en virtud del cual “[...] las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social”⁴²

Sobre el bienestar del niño, este colegiado considera que ya no es un estado ideal tal como lo sostenían los autores Zermatten y Plácido sino más bien “[...] en virtud del artículo 4° de la Constitución, el bienestar (físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social) del niño se erige como un objetivo constitucional que tiene que ser realizado por la sociedad, la comunidad, la familia y el Estado”⁴³

No puede equipararse el desarrollo del niño con su bienestar, pues el primero se refiere a un proceso de cambio continuo que sucede en los diferentes aspectos de la vida del mismo (físico, mental, social, espiritual y moral), en cambio el bienestar está referido a un estado de realización máxima de estos aspectos.

Respecto al desarrollo del niño, el Tribunal Constitucional precisa que debe darse de forma integral, saludable, normal y armónica en condiciones de libertad y respetando su dignidad⁴⁴

Considera en otro pronunciamiento que el principio interés superior del niño constituye un:

⁴¹ Expediente 4433-2011 PIURA. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a7c02c00409d9d169382d73e05a158/dc/CONS%2B44332011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a7c02c00409d9d169382d73e05a158_dc

⁴² Expediente 01817-2009-PHC/TC. Sentencia: 7 de octubre de 2009. Sentencia del Tribunal Constitucional. <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01817-2009-HC.pdf>

⁴³ Expediente 01817-2009-PHC/TC. Sentencia: 7 de octubre de 2009. Sentencia del Tribunal Constitucional. <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01817-2009-HC.pdf>

⁴⁴ Expediente 01817-2009-PHC/TC. Sentencia: 7 de octubre de 2009. Sentencia del Tribunal Constitucional. <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01817-2009-HC.pdf>

*(...) valor especial y superior según el cual los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por su derechos fundamentales*⁴⁵

Así, el interés superior es un valor especial que encuentra sustento y fuerza normativa en la dignidad de los niños; por eso, corresponde que no solo el Estado y la sociedad sino también la familia, dentro de la cual se encuentra el padre y la madre, velen por la protección de sus derechos.

El Tribunal Constitucional sostiene que el interés superior del niño es un “(...) principio investido de fuerza normativa que en el presente caso debe ser concebido como vértice de interpretación de los derechos (de las niñas favorecidas) materia de la controversia constitucional que nos ocupa”⁴⁶

Dicho Tribunal considera que el interés superior del niño, niña y adolescente es un principio que contiene un mandato de actuación garantista, pues exige a las instituciones privadas y públicas que en cualquier decisión que involucre a un niño sea considerado como sujeto de derecho al que se le debe garantizar la satisfacción de sus derechos. Este mandato obliga que se brinde al niño una atención especial y prioritaria en todos los asuntos en los que se encuentren involucrado⁴⁷

2.4.6 La Tutela Como Institución Excluyente De La Patria Potestad

En cuanto a su origen etimológico, no existe uniformidad de criterios. Unos, afirman que proviene del latín *tueor* que significa defender, proteger, otros, del término *tueri*, con significación parecida y; por último, no falta quienes sostienen que viene de *tutela* que equivale a cuidado, protección, amparo (VARGAS SOTO, 2013). Esta institución, en su concreción, importa una proyección en ese sentido.

2.4.6.1 Definición

Como señala (CORNEJO CHAVEZ, 2000), la tutela es una institución supletoria de amparo familiar que tiene como finalidad nombrar a una persona, denominada tutor, a efectos que cuide de la persona y bienes del niño que carece de padres; es decir, que no goza de la autoridad paterna y por lo tanto de los beneficios de la patria potestad. **La tutela suple a la patria potestad.**

⁴⁵ Expediente 02132-2008-PA/TC. Sentencia: 9 de mayo de 2011. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02132-2008-AA.html>

⁴⁶ Expediente 02079-2009-PHC/TC. Sentencia: 9 de setiembre de 2010. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/02079-2009-HC.html>

⁴⁷ Expediente 01665-2014-PHC/TC. Sentencia: 25 de agosto de 2015. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/01665-2014-HC.pdf>

Similarmente (BOSSERT & ZANNONI, 2004), nos dicen que “la tutela es una institución destinada al cuidado y dirección de los niños que no están sujetos a patria potestad, sea porque ambos padres han muerto, o porque los niños son de filiación desconocida, o porque aquéllos han sido privados de la patria potestad”.

Por otro lado, (VARSI ROSPIGLIOSI, 2011) nos refiere que la tutela es una institución supletoria de amparo familiar que tiene como finalidad nombrar a una persona, denominada “tutor”, a efectos de que cuide de la persona y los bienes del niño que carece de padres, es decir, que no goza de la autoridad paterna y, por lo tanto, de los beneficios de la patria potestad. La tutela suple a la patria potestad.

En opinión de, (BONNECASE, 2012), la tutela es "un organismo de representación de los incapaces, que se aplica tanto en materia de minoridad como en caso de interdicción. Se sustituye a la patria potestad íntegra; también se aplica cuando se trata de un incapaz sujeto a interdicción judicial o a la interdicción legal". El concepto tiene sentido amplio porque define la figura de la tutela conjuntamente que la curatela y en razón de que se aplica tanto para menores como para mayores incapaces.

Por último, (LAFAILLE, 2001) sostiene que la tutela y la curatela son dos formas autorizadas por la ley para representar la persona de los incapaces y administrar sus bienes. **La primera reemplaza a la patria potestad y funciona cuando ésta falta por cese, privación o suspensión;** la segunda protege a los sujetos no sometidos al poder paterno como los dementes mayores de edad.

Ahora bien, nosotros consideramos la tutela como una institución del Derecho de Familia que está formada por un conjunto de derechos y obligaciones que la ley confiere a un tercero para que cuide de la persona y los bienes de un niño que no se halla sujeto a la patria potestad.

Esta fórmula se adecua a la norma, destacando la representación y protección de un niño en el doble orden: personal y patrimonial; **sin embargo, conviene aclarar, que tanto la tutela como la patria potestad son instituciones que no pueden coexistir puesto que donde uno incide no hay lugar para el otro.**

2.4.6.2 Fundamento

En su mayoría, la doctrina sostiene que el fundamento de la tutela responde a la idea protectora y defensiva de la persona y de los intereses materiales y morales del incapaz menor de edad, en cuyo beneficio se dictan las normas respectivas, pues, a él le son debidas como consecuencia del derecho que le asiste a tal amparo social derivadas de su situación.

2.4.6.3 Características

A. Institución supletoria de la patria potestad

La tutela restringe su régimen únicamente a los niños no sujetos a la patria potestad. Precisamente, (LAFAILLE, 2001) refiriéndose a la tutela decía que ésta reemplaza a la patria potestad y es empleada cuando ella falta por cesación, pérdida o suspensión (o muerte), **por eso, esta institución no funciona simultáneamente con la patria potestad, sino tan sólo en defecto de ella.**

La ley establece que al niño que no esté bajo la patria potestad se le nombrará un tutor que cuide de su persona y de sus bienes⁴⁸, lo que supone que el niño es incapaz de gobernarse por sí mismo. Entonces, está presente en todo momento el interés del niño, pero también la presencia de un interés colectivo que le importa que los incapaces menores de edad se hallen debidamente protegidos. Por último, existe un interés público que exige la obligatoriedad de su asunción y ejercicio, así como la necesidad de supervigilarla adecuadamente, de ahí que la tutela sea un instituto establecido en favor y seguridad de niños.

B. Función representativa

El tutor es el representante legal del niño en todos los actos de naturaleza civil, por tanto, su cometido no es el de una mera asistencia o el de prestar un simple concurso al pupilo, sino de una auténtica y verdadera representación⁴⁹. Como tal, no sólo velará por su persona prestándole el sustento necesario, dirigiendo su educación, formación moral y laboral, sino también gestionará y administrará sus bienes en la mejor forma posible.

La representación del niño, sin embargo, no es del todo absoluta porque conforme v alcanzando mayor capacidad de discernimiento, podrá tener mayor participación en la gestión y administración de sus bienes ya que la ley le confiere algunas facultades y responsabilidades en el orden patrimonial.

C. Personalísima e intransferible

Significa que el ejercicio de la tutela debe desempeñarse en forma personal y no puede transferirse por acto inter vivos o de última voluntad, esto es, no puede ser objeto de cesión ni sustitución, lo que ciertamente no impide que el tutor se sirva de los servicios auxiliares de otras personas para el mejor cumplimiento de sus fines. No obstante, lo mencionado, el actual Código recoge limitadamente esta peculiaridad cuando dispone que todos los herederos del tutor, si son capaces, están obligados a continuar la gestión de su causante hasta que se nombre nuevo tutor.

D. Desempeño unipersonal

Por regla general, la tutela en ningún caso puede desempeñarse conjuntamente, ni aunque los padres la hubiesen dispuesto en esta forma. Tampoco es posible, refiere (BORDA, 1997), admitir que en el testamento se designe un tutor y se encargue la guarda a otra persona⁵⁰; porque ello importa un desmembramiento de funciones. Sólo por excepción la ley admite la designación de un tutor especial para la atención de determinados asuntos, que por distintos motivos no podría estar a cargo del tutor general. El actual Código acepta virtualmente la regla general y no admite excepciones cuando se trata de la tutela legítima y de la dativa, pero tratándose de la tutela testamentaria cabe,

⁴⁸ Artículo 502.- Finalidad de la tutela

Al menor que no esté bajo la patria potestad se le nombrará tutor que cuide de su persona y bienes.

⁴⁹ Artículo 507.- Tutela de hijos extramatrimoniales

La tutela de que trata el artículo 506 no tiene lugar respecto de los hijos extramatrimoniales si no la confirma el juez.

⁵⁰ Artículo 505.- Pluralidad de tutores

Si fueren nombrados dos o más tutores en testamento o por escritura pública, el cargo será desempeñado en el orden del nombramiento, salvo disposición contraria. En este último caso, si el instituyente no hubiera establecido el modo de ejercer las atribuciones de la tutela, ésta será mancomunada.

eventualmente, la pluralidad de tutores simultáneos. Con respecto a la tutela estatal⁵¹, ésta se ejerce por los directores de los respectivos establecimientos⁵²

E. Orgánico y público

La tutela funciona en base a tres órganos:

- a) El tutor, cuyo ejercicio es permanente.
- b) El consejo de familia, que es de funcionamiento esporádico o discontinuo.
- c) El juez, cuya intervención es también ocasional o intermitente.

El carácter público se explica por la naturaleza misma de la institución, pues las personas tienen ciertos deberes de solidaridad para con sus semejantes, tanto más si son sus relacionados familiares. Luego, proteger al niño, socorrerlo es una obligación no sólo de la sociedad sino también del Estado. (VARSI ROSPIGLIOSI, 2011)

La tutela, de acuerdo con el (CODIGO CIVIL FEDERAL, 1993), es un cargo de interés público que nadie puede eximirse sino por causa legítima, esto es, implica la obligatoriedad de su ejercicio. Además, esta institución no puede ejercerse sino bajo el control, supervigilancia o fiscalización del Estado.

F. Función remunerada

La tutela en algunas legislaciones es obviamente un cargo remunerado, en otras, absolutamente gratuita y también existe una posición intermedia, según la cual, las obligaciones de la tutela se cumplirán sin remuneración alguna, pero cuando el tutelado tenga patrimonio que produzca ingresos, podrá asignarse al tutor una cantidad que no exceda de cierto límite. Asimismo, en otras hay derecho para exigir una indemnización por los gastos realizados durante su gestión.

El vigente Código establece que el tutor tiene derecho a una retribución que fijará el juez teniendo en cuenta la importancia de los bienes del niño y el trabajo que ha demandado su administración en cada período. Esta retribución, prescribe el artículo 539⁵³, nunca excederá del ocho por ciento de las rentas o productos líquidos consumidos, ni del diez por ciento de los capitalizados.

⁵¹ Artículo 510.- Tutela Estatal

Los expósitos están bajo la tutela del Estado o de los particulares que los amparen.
La tutela del Estado se ejerce por los superiores de los respectivos establecimientos.

⁵² Artículo 506.- Tutor legítimo

A falta de tutor nombrado en testamento o por escritura pública, desempeñan el cargo los abuelos y demás ascendientes, prefiriéndose:

- 1.- El más próximo al más remoto.
- 2.- El más idóneo, en igualdad de grado. La preferencia la decide el juez oyendo al consejo de familia.

Artículo 508.- Tutor dativo

A falta de tutor testamentario o escriturario y de tutor legítimo, el consejo de familia nombrará tutor dativo a una persona residente en el lugar del domicilio del menor.

El consejo de familia se reunirá por orden del juez o a pedido de los parientes, del Ministerio Público o de cualquier persona.

⁵³ Artículo 539.- Fijación judicial de la remuneración del tutor

El tutor tiene derecho a una retribución que fijará el juez teniendo en cuenta la importancia de los bienes del menor y el trabajo que ha demandado su administración en cada período.

2.4.6.4 Regulación de la tutela

A. En nuestra Legislación

La legislación peruana se inscribe dentro del sistema mixto⁵⁴ y el criterio de diferenciación entre la tutela y la curatela. En ese sentido el Código actual, por un lado, se adecua a las normas constitucionales que sienta el principio de la igualdad de derechos de los hijos y, por otro, corrige las deficiencias que tuvo el Código derogado.

a) En el Código Civil

La tutela se halla disciplinada en el Libro III, Sección Cuarta, Título II, Capítulo Primero y, más concretamente, en los artículos 502 al 563.

b) En el Código Procesal civil

El nuevo Código Procesal Civil instituye algunos trámites relacionados con la tutela.

- **Tutela legal de hijos extramatrimoniales:** Por mandato de la Sexta Disposición final del Decreto Legislativo 768, concordante con el artículo 507 del Código Civil, se tramita como proceso no contencioso.
- **Retribución del tutor:** De conformidad con la Cuarta Disposición Final del Decreto Legislativo 768, concordante con el artículo 539 del Código Civil, se tramita como proceso sumarísimo.
- **Rendición de cuentas:** Por disposición del artículo 542, modificado por el Decreto Legislativo precedentemente mencionado la rendición, a solicitud del tutor o del consejo de familia, se presenta en ejecución de sentencia del proceso abreviado.
- **Desaprobación de cuentas:** La demanda de desaprobación -reza el artículo 542- del Código civil, modificado por el Decreto Legislativo 768, se formula, de ser el caso, dentro del plazo de caducidad de sesenta días después de presentadas las cuentas y se tramita como proceso de conocimiento.

c) En el Código de Niños y Adolescentes

Por último, debe indicarse la modificación que se establece por disposición del artículo 113 del Decreto Ley No. 26102 en el sentido de que la tutela y la guarda se tramitaran en lo que corresponda, conforme a las normas del proceso único contemplado en el numeral 188 y siguientes del mismo cuerpo legal.

Nunca excederá dicha retribución del ocho por ciento de las rentas o productos líquidos consumidos ni del diez por ciento de los capitalizados.

⁵⁴ Existen varios sistemas para la regulación de guardadurías, El sistema Latino, según el cual, la tutela se encarga a la familia como ocurre hoy en la legislación italiana, francesa, española, portuguesa, etc. El Sistema Germano, que la concibe como una institución pública encargada principalmente a cuerpos administrativos o judiciales, en el que la autoridad tiene parte preponderante, así se la regula en la legislación alemana, austriaca, sueca, etc. Y El Sistema Mixto, en el que predomina el matiz familiar y la intervención de la autoridad judicial, tal ocurre en la legislación mexicana, chilena, argentina y peruana.

2.4.6.5 Sujetos

A. Sujeto Pasivo

Es el beneficiario de la tutoría, esto es la persona quien recibirá la protección y amparo según el sistema que adopte cada ordenamiento legal⁵⁵. Esto es, el pupilo.

Esta regla admite dos casos especiales: la primera de ellas, cuando el niño adquiere capacidad plena por matrimonio, situación en la cual dichos menores se liberan de la patria potestad y no se sujetan a tutela alguna. Y la segunda, cuando el niño llega a ser madre extramatrimonial supuesto en el que la misma, no puede estar sometida a patria potestad ni a tutela alguna.

B. Sujeto Activo

Este viene a ser el tutor o persona capaz a quien la ley le concede una serie de derechos y deberes para el desempeño de su cargo.

Se entiende que las personas jurídicas no pueden ejercer dichas funciones por su índole peculiar, pues el factor humano y el amor constituyen un ingrediente necesario que no las tienen dichas entidades; sin embargo, por excepción, puede encargarse a establecimientos de beneficencia. Por otro lado, es obligación de las personas comunicar a las autoridades competentes de cualquier caso que exija tutela. En ese sentido, la ley establece que los parientes del niño, el Ministerio Público o cualquier otra persona puede pedir la reunión del consejo de familia para el nombramiento del tutor dativo y mientras no se designe tutor o no se discierna la tutela, el juez de oficio o a pedido del Ministerio Público dictará todas las providencias que fueran necesarias para el cuidado del niño y la seguridad de sus bienes. Las personas, organismos o autoridades que están facultados para designar tutor pueden ser los padres, los parientes, el consejo de familia, el juez, según se trate de los tipos de tutela. Precisamente, el artículo 112 del Código de los Niños y Adolescentes⁵⁶ determina que el Juez especializado es competente para nombrar tutor o guardador y es el responsable de supervisar periódicamente el cumplimiento de su labor.

2.4.6.6. Clasificación

Conforme a nuestra legislación vigente se distingue entre la tutela testamentaria, legal y dativa.

⁵⁵ El sistema adoptado por el Código peruano es el de la separación, puesto que por regla general los sujetos pasivos o beneficiarios de la tutela son todos los menores de dieciocho años que no se hallan sometidos a la patria potestad de ninguno de los padres, porque de lo contrario la tutela no entraría a funcionar.

⁵⁶ El sistema adoptado por el Código peruano es el de la separación, puesto que por regla general los sujetos pasivos o beneficiarios de la tutela son todos los menores de dieciocho años que no se hallan sometidos a la patria potestad de ninguno de los padres, porque de lo contrario la tutela no entraría a funcionar.

A. Tutela Testamentaria

Ocurre cuando los padres, en ejercicio de las facultades que le concede la patria potestad, ante notario o dentro del testamento, pueden designar tutor para sus hijos, para que ejerza este cargo después de su fallecimiento.

B. Tutela Legítima o Legal

Tutela legítima es la impuesta por la ley a favor de determinadas personas que se encuentran unidas al pupilo por razones de parentesco y que opera en ausencia de tutor nombrado por testamento o escritura pública y que nuestra legislación limita a los ascendientes.

Esta tutela es la segunda en orden después de la testamentaria y se entiende que se aplica cuando el padre falleció intestado, cuando habiendo otorgado testamento no efectuó designación alguna. El problema surge cuando concurren a la designación de tutor legítimo los abuelos por línea materna y paterna. En este caso la norma prevé como solución legal el prevalecer la idoneidad para el cargo, lo cual deberá ser decidido por el juez especializado, oyendo al consejo familiar.

C. Tutela Dativa

Es aquella donde, a falta de tutor testamentario o escriturario y de tutor legítimo, el consejo de familia nombra como tutor a una persona residente en el lugar del domicilio del niño.

El concejo de familia es una institución familiar integrada por los parientes paternos y maternos de los menores e incapaces o los designados por testamento o por decisión judicial, cuya finalidad es la de cautelar el bienestar e interés económico y moral del niño.

D. Prelación

Nuestra sistemática jurídica regula las cinco especies de tutela estableciendo un orden prelativo contemplado en el artículo 503 del CC. La tutela testamentaria o escrituraria funciona con prioridad, la tutela legítima en defecto de la testamentaria o escrituraria, la dativa cuando faltan las anteriores y la estatal cuando no existan las tres anteriores o son inconvenientes.

2.4.6.7. Personas que pueden ser tutores

A. Requisitos

En principio, pueden ser tutores todas las personas capaces de ejercer por sí mismos sus derechos civiles. El cargo de tutor, por mandato de la ley, es obligatorio para aquel que es designado. Con razón (DUGUIT, 1993) decía: "todo individuo tiene en la sociedad una cierta función que cumplir, una cierta tarea que ejecutar, por tanto, no puede rehusar el cargo, tiene que aceptarlo".

Pero, lo manifestado precedentemente no significa de manera alguna que no deba reunir algunos requisitos indispensables para garantizar el ejercicio del cargo. Estos son:

- 1) Que el tutor se halle en el pleno goce de su capacidad civil.
- 2) Que el designado o llamado ofrezca un mínimo de condiciones de moralidad y rectitud.

3) Que dicha persona no tenga enemistad, intereses encontrados ni otros semejantes que sean perjudiciales a los derechos e intereses del tutelado.

B. Excusa

Es la facultad del llamado o designado para no aceptar el cargo de tutor. Entonces, la ley permite exonerarse de la carga que la tutela supone, pero no debe confundirse con las causales de incapacidad (impedimentos), ni con la remoción porque entre ellas existen diferencias bastante significativas.

Los impedimentos o también llamadas causas de incapacidad, obstaculizan la asunción del cargo, la excusa permite exonerarse de la carga que la tutela implica y, la remoción, sanciona y aparta del cargo al tutor negligente, malicioso y perjudicial. Los primeros, obligan a la dejación del cargo si ya se hubiese asumido y origina su remoción si voluntariamente no se produce la dejación; la segunda, lo faculta para no aceptar el cargo; y, la tercera, aparta a quien no estuvo a la altura de la responsabilidad que le fuera confiada.

Ahora bien, siendo la tutela una *manus público* es evidente su carácter obligatorio, pero esta obligatoriedad no es del todo absoluta, pues, existen casos taxativamente previstos en la ley que autorizan excusarse por causas de:

- Limitaciones de aptitud del llamado o designado tutor.
- Obstáculos materiales para el ejercicio del cargo.
- Haber cumplido o estar cumpliendo funciones idénticas y similares.
- La vinculación del niño con el tutor extraño, existiendo pariente consanguíneo idóneo.

2.4.6.8 Ejercicio

Uno de los aspectos más importantes y complicados que tiene la tutela es precisamente su ejercicio, que debe estar rodeado de las máximas garantías y seguridades a fin de evitar malos manejos que perjudicarían al niño. La ley, en este sentido, quiere que la persona que tome a su cargo al niño, no sólo se halle en óptimas condiciones para que la ejerza con idoneidad, sino también para que le brinde las garantías necesarias y cuide adecuadamente de su persona y de sus bienes.

El tutor al ejercer la tutela tiene que hacer las veces de padre o madre según el caso, por eso ésta se asemeja a la patria potestad aun cuando se trata de dos instituciones distintas y autónomas; pero, para que dicho ejercicio sea eficiente es indispensable conocer el contenido de esta institución, vale decir, los deberes y derechos de los pupilos, así como los deberes y derechos del tutor.

A. Deberes y Derechos del Pupilo

Se ha indicado que el contenido de la tutela es similar al de la patria potestad por la sencilla razón de que aquélla se instituye en reemplazo de ésta y no existen diferencias significativas entre ambas figuras que la de ejercer la tutela bajo una más cercana vigilancia y control por parte del consejo de familia y/o de la autoridad

tutelar. Esta distinción radica en que la patria potestad se sustenta en un vínculo natural anterior a la ley, mientras que la tutela en un título legal o principio de solidaridad familiar y social.

No existe norma concreta que se refiera a los deberes que tiene el pupilo frente a su tutor, sin embargo, como la tutela ha sido creada en lugar de la patria potestad, por interpretación extensiva de la ley, también los pupilos están obligados a obedecer, respetar y honrar a su tutor. Solamente así podrá ser posible el cabal cumplimiento de los fines de esta figura tutelar, tanto en lo que concierne a la guarda de la persona del niño cuanto a la administración de sus bienes.

Con respecto a los derechos del niño tutelado debe advertirse también que son los mismos que los del niño sujeto a patria potestad. Estos son: adquirir bienes a título gratuito, ejercer derechos estrictamente personales, contraer obligaciones o renunciar derechos, ejercer una actividad ocupacional y ser consultado para actos importantes de la administración de su patrimonio, por cierto, dentro de los límites establecidos por la ley.

Además, tiene derecho de recurrir al juez contra los actos del tutor si tiene catorce años de edad, para ser oído por la misma autoridad antes de conceder al tutor la autorización para los actos señalados en los artículos 531 y 532, así como de ser igualmente oído y de pedir la remoción del tutor cuando medie causa legal.

El artículo 109 del Código de los Niños y Adolescentes incorpora una importante modificación, según el cual, el adolescente puede recurrir ante el Juez contra los actos de su tutor, así como pedir la remoción del mismo. Es adolescente, según este cuerpo legal, desde los 12 hasta cumplir los 18 años de edad.

Por último, se sobreentiende que el tutor o el juez, en los respectivos casos, escuchen o no la participación del niño, no se exoneran de responsabilidad.

B. Los deberes del Tutor

Entre los derechos y deberes del tutor nuestro Código Civil en su artículo 526 dispone que tiene el deber de alimentar y educar al niño de acuerdo a la condición de éste y proteger y defender su persona; estos deberes se rigen por las disposiciones relativas a la patria potestad, bajo la vigilancia del consejo de familia.

Artículo 526° CC.

El tutor debe alimentar y educar al menor de acuerdo a la condición de éste y proteger y defender su persona.

Estos deberes se rigen por las disposiciones relativas a la patria potestad, bajo la vigilancia del consejo de familia.

Cuando el menor carezca de bienes o éstos no sean suficientes, el tutor demandará el pago de una pensión alimenticia.

Asimismo, el tutor representa al niño en todos los actos civiles, excepto en aquellos que por disposición de la ley, éste puede ejecutar por sí solo. De igual

manera, el Código Civil impone al tutor a administrar los bienes del niño con la diligencia ordinaria.

2.4.6.9 Extinción

A. En relación con el Pupilo

La tutela finaliza o concluye definitivamente por causas que proceden del estado o situación del niño, lo que acontece cuando esta institución ya no es necesaria para el tutelado. También, por causas imputables al tutor y que ordinariamente producen sus efectos de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.

En ese sentido el artículo 549 expresa que la tutela se acaba por las siguientes razones:

a) Muerte del Niño: Esto es, que este hecho pone fin a la personalidad, de tal modo que acaecido el deceso, el tutor, tiene la obligación de rendir cuentas a los herederos del niño.

b) Cesación de la incapacidad del pupilo: Lo que ocurre en los siguientes casos: por llegar el menor a los dieciocho años de edad, por haber contraído matrimonio el menor o haber obtenido título oficial que lo autorice para ejercer una profesión u oficio y, por tener la mujer menor de edad un hijo extramatrimonial bajo su patria potestad.

c) Reingreso del pupilo a la patria potestad: Lo que ocurre en dos situaciones: por cesar la incapacidad del padre o de la madre en el caso del artículo 580 CC. y por ingresar el niño bajo la patria potestad. En ambos casos se trata de un reingreso a la patria potestad.

B. En relación con el Tutor

La tutela termina también por causas imputables al tutor, que tiene carácter de sanción por inhabilidad o indignidad, cuya remoción debe ser declarada por el juez.

Por disposición del artículo 550 CC. el cargo de tutor cesa por las causas siguientes:

a) Muerte del tutor: En cuya eventualidad los herederos del tutor si son capaces están en la obligación de continuar con la gestión de su causante hasta que se designe un nuevo tutor.

b) Aceptación de renuncia del tutor: Lo cual supone que el tutor está ejerciendo el cargo, sin embargo, renuncia cuando sobrevienen impedimentos legales que no existían al iniciarse el cargo, alguno de los cuales, se hallan taxativamente en el artículo 515 y cuando el tutor dativo, que ya ejerció el cargo durante seis años, decide apartarse de la tutela.

c) Declaración de quiebra del tutor: Sobre el particular existe una aparente duplicidad entre el inciso 7° del artículo 515 y el inciso 3° del artículo 550, lo que debe interpretarse como que la declaratoria de quiebra produce ipso facto la

cesación del cargo, mientras que las otras causas de incapacidad, producen ese efecto sólo cuando la renuncia es aceptada.

d) No ratificación del tutor: Por regla general éste no está sujeto a ratificación, pero si lo está el tutor dativo que debe ser objeto de este acto por el consejo de familia cada dos años y dentro del plazo de treinta días a partir del vencimiento del período. La falta de pronunciamiento por parte del consejo dentro del plazo indicado implica ratificación automática.

e) Remoción del tutor: Que viene a ser la destitución del cargo cuando se produce el incumplimiento de sus funciones o deja de ser idóneo para seguir ejerciéndolas. La iniciativa de remoción la pueden pedir: el niño que ha cumplido catorce años de edad, los parientes del mismo y el Ministerio Público. Cualquier persona sólo puede hacerlo por causas legales y el juez si tiene conocimiento de algún perjuicio que el tutor cause al niño.

El procedimiento de la remoción de la tutoría tiene tres formas, las mismas son:

- Si se trata de tutor dativo nombrado por el consejo de familia, será éste el organismo que acuerde su remoción.
- Si se trata de otra clase de tutor, deberá seguirse el procedimiento señalado en el artículo 1055 del C. de P. C.
- Si se trata de tutor oficioso o estatal, creemos que si puede serlo, después de establecer su responsabilidad en el primer supuesto, mas no en el segundo, para lo que existe otro tipo de control contemplado en el Código de Menores y las normas administrativas.

2.4.7. La Guarda

Sabido es que mediante la patria potestad se pretende proteger a los hijos menores de edad no emancipados y a los mayores de edad incapacitados judicialmente, cuidarlos, representarlos y administrar sus bienes. Pero no siempre los padres, naturales o no, desempeñan tales funciones para los hijos, sino que, en ocasiones, por inexistencia o imposibilidad de aquéllos, el ordenamiento ha previsto otras instituciones tutelares o de guarda, sucedáneas o subsidiarias, de la patria potestad a la que suplen y que les sirve de modelo. Las instituciones de guarda de los niños e incapacitados vienen a cumplir funciones similares a la patria potestad, comportando la necesidad de cumplir deberes específicamente determinados a favor de ciertos sujetos sin que exista, por lo general, relación alguna de parentesco con quien ejerce aquella función.

Tras la ruptura sentimental de una pareja, ya sea unida por vínculo matrimonial o no, de la que han nacido hijos, se desprenden multitud de consecuencias jurídicas que precisan de una regulación y determinación. Generalmente se llevará a cabo a través de un procedimiento judicial que finalizará con una sentencia en la que se especifiquen todas las medidas concernientes a los niños, es ahí, donde surge la figura de la guarda.

2.4.7.1. Definición

La doctrina peruana no ha dedicado demasiada atención al concepto de guarda, sin embargo, dicho concepto tiene verdaderamente sentido cuando presupone que se ha roto

la convivencia de los padres, y consiguientemente ya no es posible que ambos convivan con el hijo, sino que éste vive con uno de ellos o cuando ninguno de ellos está presente en la vida del niño.

La guarda consiste en la convivencia, cuidado y asistencia de los hijos menores de edad. (INTERNATIONAL, 2013). En palabras de (MORALES CERNA, 2014) la “guarda” es una institución del Derecho de Familia que implica “vigilar”, “custodiar” a una niña, niño y adolescente para efectos de prodigarles los cuidados que ellos requieren.

Por otro lado, el profesor (AGUILAR LLANOS, 2009) nos refiere que: “la guarda constituye un deber, y que en el caso de los padres los obliga a la protección y cuidado de los hijos...”

2.4.7.2 Regulación

A. En la Legislación Nacional

Según (AGUILAR LLANOS, 2009), el anterior Código de los Niños y Adolescentes empleó el término guarda para referirse al tercero que cuidaba al niño abandonado, término guarda que ha sido abandonado por el vigente Código de los Niños y Adolescentes. En esa misma línea (VARSI ROSPIGLIOSI, 2011) nos dice: “Nuestro CNA ha derogado la institución de la guarda por su inaplicación en la práctica judicial y se ha preferido robustecer la institución de la colocación familiar. En nuestro medio legislativo fue una institución de carácter transitorio para la protección del niño en estado de abandono por la que, mediante una resolución judicial, una persona se hace responsable de ejercer las funciones de tutela⁵⁷. Si la madre es menor de edad, el juez puede confiar la guarda de la persona y los bienes del hijo a un curador⁵⁸”

Sin embargo, hay parte de la doctrina que opina diferente: “Es cierto que dicha Institución no está regulada de forma expresa en nuestra legislación nacional, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos; sin embargo, ello es deducible (el hecho de reconocer a la guarda como una institución dentro nuestra legislación) desde el momento en que nuestro Código de los Niños y Adolescentes acepta que el cuidado de una niña, niño o adolescente no solo puede ser ejercido por los padres, sino también por terceras personas. (MORALES CERNA, 2014). Dichas terceras personas pueden ser parientes o no, o simplemente una persona, familia o institución; claro está, en este caso, nos encontraríamos frente a la Institución de la Colocación Familiar en las que dichas personas (que como ya señalamos pueden ser terceras personas no parientes o incluso una Institución del Estado), ejercen un mero cuidado, vigilancia que implica la guarda de los mismos.

Ahora bien, la guarda no solo se encuentra presente en la Colocación Familiar, sino en cualquier persona, sea pariente o no, que se hace responsable de una niña, niño

⁵⁷ Art. 106 del derogado Código de los Niños y Adolescentes peruano.

⁵⁸ Art. 421 de nuestro CC.

o adolescente, dado que prodiga cuidados necesarios, vigilancia; siendo que en estos casos, vendría a ser una “guarda de hecho”. (MORALES CERNA, 2014)

B. En la legislación Comparada

En opinión de (MORALES CERNA, 2014), esta institución, guarda estricta concordancia con la Convención sobre los Derechos del Niño, como por ejemplo:

Artículo 5°: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Como puede observarse, la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce que el cuidado de una niña, niño o adolescente no solo recae en los padres o tutores, sino cualquiera que tenga dicha responsabilidad, incluso cualquier persona o parientes que lo tenga bajo su cuidado.

2.4.7.3 Características

(VARSI ROSPIGLIOSI, 2011) nos menciona las siguientes características:

- El guardador tenía los mismos deberes y derechos que los padres.
- Institución similar a la tutela, pero de carácter transitorio.
- El guardador era nombrado por el juez, quien supervisaba sus funciones.

En términos genéricos, la guarda implicaba aquella función otorgada a los padres a efectos de cumplir con el deber de educar a sus hijos. Como tal presupone:

- El reconocimiento de la autoridad de los padres.
- El derecho de los padres de vivir con sus hijos y de estos de estar con sus padres.

2.4.7.4. Naturaleza

La guarda de hecho, es otra de las figuras de tuición utilizada para el caso de determinadas situaciones transitorias en la que se encuentran determinados menores que, aun no estando actualmente en situación de desamparo, corren el riesgo de estarlo. Para Fabrega Ruíz citado por (GALIANO-MARITAN, NOA PÉREZ, & MORFFI COLLADO, 2016), es aquella institución que se rige por una situación en la cual una persona, de manera general y continuada, sin nombramiento judicial, ni administrativo, ni deber legal de protección y cuidado, asume funciones tuitivas, ya sea en el ámbito patrimonial o personal, respecto a menores, incapaces y presuntos necesitados de ellos. La situación básica que actúa como presupuesto de la guarda es, la noción de desamparo.

Por ende, la guarda tendría una naturaleza de amparo transitorio, en casos especiales, por parte de los familiares del niño, de terceras personas o del propio estado.

2.5 HIPÓTESIS

La hipótesis constituye una de las formas por medio de la cual se manifiesta el progreso del conocimiento científico, y por su intermedio se permite que la investigación científica se lleve a cabo en forma ordenada, conduciéndonos al descubrimiento de las leyes de la naturaleza y de la sociedad. En el ámbito de las ciencias jurídicas, no puede investigarse al azar. En consecuencia, en forma provisional debe enfocarse el problema formulándose algunas hipótesis que traten de describir y explicar la realidad de los hechos que se pretenden estudiar. Para el presente trabajo de investigación nos planteamos la siguiente hipótesis:

2.5.1 Hipótesis General

La desnaturalización de la institución de la patria potestad se produciría como consecuencia de la extensión del ejercicio de la tenencia a los abuelos, bajo el argumento de la supremacía del Principio del interés superior del niño, toda vez que histórica y doctrinalmente es una institución de ejercicio exclusivo de los padres.

2.5.2 Hipótesis Específica

Un criterio idóneo para ponderar el otorgamiento de la tenencia de un niño, en caso haya conflicto entre el progenitor y el abuelo, radicaría en evaluar si la convivencia con el padre o madre resulta perjudicial para el niño, de manera que excepcionalmente, de paso a la suspensión de la patria potestad y como efecto jurídico se declare judicialmente la guarda o la tutela del niño, en donde se favorecería a los abuelos.

CAPITULO III: MARCO METODOLÓGICO

3.1 ENFOQUE

La presente tesis es de carácter cualitativo, porque tiene como finalidad explicar los motivos que generan la desnaturalización de la patria potestad al extender la tenencia a otros parientes en virtud de una aplicación desproporcionada del Principio del Interés Superior del Niño, dejando de lado la aplicación de la normatividad vigente y privándole de su esencia a esta importante institución familiar.

3.2 DISEÑO

El diseño de investigación es cualitativo y Documental, porque los datos que servirán para poder responder al problema de investigación, en principio lo vamos a obtener de una fuente de información como son el Código de Niños y Adolescentes, El Código Civil, La Convención sobre los Derechos del Niño y las distintas sentencias y artículos relacionadas al tema de investigación.

Asimismo, para reforzar la investigación utilizaremos una entrevista como instrumento de investigación para probar nuestra hipótesis.

En la presente investigación se utilizará el método de la investigación sintético por cuanto se tomará en cuenta cada uno de los supuestos materia de la problemática de esta investigación, como el otorgamiento de la tenencia a los abuelos y la coexistencia de la tenencia y la tutela, para poder llegar a determinar si se produce la desnaturalización de la patria potestad.

3.3 NIVEL

La presente tesis es de carácter descriptivo, ya que se analizará y buscará recolectar información que permita desarrollar y determinar: si; la jurisprudencia preponderante que actualmente marca un criterio casi uniforme, colisiona con la normatividad vigente y origina la vulneración de la institución.

3.4 TIPO

El tipo de estudio que se utilizará en la presente investigación será básico, explicativo, con la finalidad de demostrar que la aplicación desproporcionada del Principio del Interés Superior del niño, como criterio para otorgar la tenencia a los abuelos, genera la vulneración del derecho del padre o madre que aun ostenta la patria potestad, además de colisionar con la normatividad vigente, puesto que la tenencia es un atributo exclusivo de los padres.

3.4. SUJETOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.4.1 Universo

Nuestro universo está constituido por los operadores jurídicos de la Provincia de Piura.

3.4.2 Población

Nuestra población está delimitada por los operadores jurídicos, esto es jueces, fiscales o abogados que hayan tenido la oportunidad de revisar casos de tenencia en Piura

3.4.3. Muestra

Nuestra muestra está constituida por los jueces especializados de Familia de Piura, Los jueces de los Juzgados Mixtos de Castilla y los jueces de Familia de Catacaos, que han resuelto casos de tenencia planteada por abuelos, siendo en su totalidad 7 jueces los que accedieron a brindarnos la entrevista.

3.5 MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS

- a) **Método Deductivo**, toda vez que se partirá de los supuestos de violación a la institución de la tenencia, en los casos que se otorgase la tenencia a los abuelos, debido a la aplicación equivocada de la supremacía del interés del niño, llegando a la conclusión que, en efecto, se produce la desnaturalización de la patria potestad y la vulneración de la normatividad vigente.
- b) **Método inductivo**, a través del cual se analizará fallos judiciales y diversas opiniones emitidos relacionadas con respecto a la tenencia ostentada por los abuelos, el Principio Superior del Niño, a fin de poder analizar si el criterio utilizado y los mecanismos judiciales empleados para solucionar el conflicto entre los derechos de los abuelos y los derechos intrínsecos de los padres, es correcto.
- c) **Método Sintético**; a través del cual se podrá identificar las dificultades en el supuesto de la dación de la tenencia a los abuelos, analizando si es correcta prevalencia de la aplicación del Principio Del interés Superior del niño, dejando de lado las normas del código civil, del código del niño y el adolescente y la Convención sobre los derechos del niño, en los casos descritos en la problemática.
- d) **Método Histórico**; Por medio del cual se efectuará una breve referencia respecto a la evolución histórica de la importante institución de la patria potestad desde sus inicios legislativos y las diferentes etapas en la normatividad sustantiva, a través de sus fuentes, para poder determinar las características que tuvo en su época primigenia hasta la actualidad, esto es su trayectoria en los diferentes periodos de la historia y de esta manera conocer la manera cómo ha evolucionado, pues la norma se haya sujeta a los cambios que reclama la evolución social.
- e) **Método Dogmático**; Para la elaboración del presente trabajo se utilizará la doctrina jurídica relacionada a la Patria potestad, tenencia, tutela y el Principio Superior del niño, según la Constitución Política, el Código Civil y el Código de los niños y Adolescentes, para de esta manera dar respuesta al problema planteado. Se efectuará una actividad ordenada dentro de la investigación jurídica encaminada al estudio e investigación de la doctrina con la finalidad de realizar abstracciones (instrumentos lógicos, inducción, deducción, análisis, síntesis, analogía, comparación...), en mérito a la doctrina de los más destacados autores nacionales e internacionales, las principales expresiones jurisprudenciales con la finalidad de realizar construcciones correctamente estructuradas y proponerlas para su utilización.

El procedimiento utilizado en la presente investigación es el de Análisis documental – bibliográfico; a fin de fundamentar científicamente nuestra investigación se hará uso de libros, informes, estadísticas, periódicos, revistas y publicaciones.

3.6 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

La técnica a emplearse en la presente investigación, será aquella que privilegie los documentos, a fin de analizar minuciosamente la información doctrinaria y legislativa sobre el tema objeto de investigación, por lo que se empleará lo siguiente:

1. **Fichaje:** a través del Fichaje Bibliográfico se compilará todo lo que se ha escrito directa o indirectamente sobre el Principio Superior del niño, los Procesos de Tenencia de menores, y sus últimas modificatorias, asimismo sobre la evolución histórica de la misma, sus críticas y defensas, llegando a tener una postura respecto a la investigación.
2. **Recolección y Análisis de datos:** por medio de esta técnica se analizará minuciosamente la información doctrinaria y legislativa sobre el tema objeto de nuestra investigación.
3. **Entrevista:** Por medio de este instrumento se analizará e interpretarán los resultados con el fin de poder determinar las consecuencias prácticas de ejercicio de la tenencia por parte de los abuelos

La información que se recopilará se procesará de acuerdo a los logros obtenidos mediante las técnicas, fuentes e instrumentos empleados para la recolección de la información. Asimismo, los datos obtenidos se analizarán detalladamente con la finalidad de dar validez a la hipótesis planteada.

3.7 ASPECTOS ÉTICOS

UNP-VRI-OCIN-DJ-Nº.../201_

DECLARACIÓN JURADA DE ORIGINALIDAD DE TRABAJO DE INVESTIGACION

Yo: **RAYMA LIZET ZAPATA RUIZ** identificada con DNI Nº **42998709**, en la condición de Bachiller, de la Facultad de **DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**, Escuela Profesional de **DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS** y domiciliado en **Jr. Junín Nº 365** Distrito de Piura, Provincia de Piura, Departamento de Piura, Celular: **969084909**, Email: **rayma_54@hotmail.com**.

DECLARO BAJO JURAMENTO: que el trabajo de investigación que presento a la Oficina Central de Investigación (OCIN), es original, no siendo copia parcial ni total de un trabajo de investigación desarrollado, y/o realizado en el Perú o en el Extranjero, en caso de resultar falsa la información que proporciono, me sujeto a los alcances de lo establecido en el Art. Nº 411, del código Penal concordante con el Art. 32º de la Ley Nº 27444, y Ley del Procedimiento Administrativo General y las Normas Legales de Protección a los Derechos de Autor. En fe de lo cual firmo la presente.



Piura 29 de junio del 2019

DNI Nº 42998709

Artículo 411.- El que, en un procedimiento administrativo, hace una falsa declaración en relación a hechos o circunstancias que le corresponde probar, violando la presunción de veracidad establecida por ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Art. 4. Inciso 4.12 del Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar grados académicos y títulos profesionales –RENATI Resolución de Consejo Directivo Nº 033-2016-SUNEDU/CD

CAPITULO IV: PROBANZA DE HIPÓTESIS

4.1 PROBANZA JURÍDICO SOCIAL-DOCTRINAL

Producto de la existencia de un vínculo de filiación – por naturaleza o adopción-, legalmente establecido, el Código civil hace derivar la patria potestad que corresponde a los progenitores respecto de sus hijos. Por lo tanto, es una consecuencia de la filiación, un sistema de protección, cuidado, asistencia física y moral y educación y un medio de suplir la incapacidad del hijo. Asimismo, ante la debilidad física y moral del niño o incapacitado, los titulares de la patria potestad velan por él, lo tienen en compañía, le dan alimentos en sentido amplio, incluyendo su educación y desarrollo integral. La patria potestad es la institución protectora del niño por excelencia que se funda en una relación de filiación, cualquiera que sea su naturaleza, matrimonial, no matrimonial o adoptiva. Es el vértice y centro del sistema civil de protección, ejemplo y punto de referencia de otras figuras, como la tutela, la curatela, que coinciden con ella en el alcance o contenido de la protección que ofrecen.

Actualmente, el Código Civil, en su artículo 423 y el Código de niños y Adolescentes en su artículo 74, señala los atributos de la patria potestad, cuya detentación es exclusiva de los padres, dentro de los cuales está presente la tenencia, atributo importantísimo en esta institución. Sin embargo, la jurisprudencia preponderante de hoy en día se inclina por imponer el Interés superior del niño, dejando de lado la normativa aún vigente, inaplicándola y dando lugar a tan polémicos pronunciamientos en donde se extiende la tenencia a otros parientes; como los abuelos, generando una futura modificación de los conceptos doctrinarios que hasta hace poco regían nuestro Derecho Civil sin discusión alguna.

Es por ello que en este capítulo nos ocuparemos de probar que nuestra hipótesis tiene sustento tanto en un análisis Doctrinal como en los resultados producto de la aplicación del instrumento contenido en el anexo 1, entrevista a los jueces de Familia de los distritos de Piura, Castilla y Catacaos.

4.1.1 Análisis Doctrinal y Jurisprudencial de la desnaturalización de la Patria Potestad como institución familiar.

4.1.1.1 Análisis Doctrinal

A. Antecedentes Normativos de la Tenencia

- **El Código de los Niños y Adolescentes del año 1992 (Dec. Ley 26102) en comparación con El Código del Niño y el Adolescente del año 2000 (Ley 37337)**

A raíz de los compromisos internacionales en favor de la infancia se fue consolidando la urgente necesidad de dar al país un nuevo texto sobre los infantes, el cual es dado el 24 de diciembre de 1992, a través del Decreto Ley 26102, denominado Código de los Niños y Adolescentes; código que entró en vigencia a los 180 días de su promulgación.

Los principios que conforman la doctrina que introduce el CNA de 1992, se fundan en la atención integral del niño y adolescente, el cual como sujeto de derecho debe participar según sus posibilidades en su desarrollo; que sus necesidades son derechos y deberes para la sociedad; que su atención no debe ser sesgada sino integral; que cualquier política, programa, medida, acción en torno al infante debe guiarse prioritariamente por lo que más convenga a sus intereses. Y todo ello por cuanto, como ser humano que es, sujeto de derechos como cualquier adulto, pero con particularidades propias de su desarrollo evolutivo, que lo hacen merecedor de medidas de protección.

Ahora bien, es pertinente recordar que; si bien es cierto en el anterior Código de los Niños y Adolescente de 1992, se consideraba que la tenencia podía ser solicitada por terceras personas que tengan legítimo interés, también lo es que, en el actual Código del año 2000, no es así.

A continuación, citaremos el texto literal del artículo 91 del Código de Niños y Adolescentes de 1992:

Artículo 91.- Petición

“El padre o la madre al que su cónyuge o conviviente le arrebató a su hijo o desee que se le reconozca el derecho a la custodia y tenencia, interpondrá su demanda acompañando el documento que lo identifique, la partida de nacimiento y las pruebas pertinentes.

***La tenencia del niño o adolescente puede ejercitarla cualquier persona que tenga legítimo interés⁵⁹.*”**

Según (GUZMÁN BELZÚ, 2015) el legislador peruano se inspiró en el contexto político social predominante en la época, introduciendo este artículo fundamentado en el sentir de la población cuyas costumbres arraigadas conllevaban a formar una familia extensa, la que imperaba en contraposición a la familia nuclear, asimismo en aquel contexto la violencia infantil estaba en su mayor apogeo, niños abandonados y padres irresponsables, lo que conllevó a considerar que el camino regular para hacerse cargo de las víctimas infantiles era demasiado largo y engorroso, lo que alargaría la orfandad del niño, es por ello que se legislo en favor de los parientes extensos, imponiéndoles esta obligación de protección de sus menores parientes.

“Conocemos de lugares muy apartados en los cuales el fenómeno de la violencia ha dejado una población infantil huérfana; si en estos casos tuviéramos que guiarnos por la normatividad legal sobre tutela (discernimiento, garantía, inventario para la tutela, artículo 520 del Código Civil) para que alguien se encargue de cuidar al infante con el título de Tutor, tendríamos que concluir que el huérfano se quedaría sin Tutor. En estos lugares el concepto de familia que impera no es la nuclear (padres - hijos), sino la extensa (padres-hijos y otros parientes), y por ello los parientes más lejanos tienen la obligación que les impone

⁵⁹ El resaltado en negrita es nuestro

la comunidad de cuidar de estos infantes desvalidos, obligación que se hace extensiva incluso a los parientes espirituales (padrinos)”.

Con la dación del nuevo código⁶⁰, este artículo se derogó, pues las políticas de estado y la integración de las entidades estatales de apoyo a la mujer y a los niños sirvieron de ayuda para la baja de los índices de violencia en los lugares alejados y nuestros legisladores optaron por reforzar la doctrina imperante cuya petición solo correspondería a los padres como detentadores de los derechos y deberes de la patria potestad. (GUZMÁN BELZÚ, 2015)

Todo esto, nos conlleva a concluir que, al ser derogada dicha disposición, es porque se consideró que no era acorde con la institución de la tenencia, y por ello, el actual código ya no lo concibe de esa forma. Incluso, los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad pueden solicitar la tenencia de las niñas, niños y adolescentes siempre y cuando hayan adoptados a los mismos, según se desprende del artículo 128° del Código de los Niños y Adolescentes, vale decir, ello refuerza más la conclusión de que la tenencia es solo un atributo de la patria potestad, dado que la adopción es una clase de filiación (legal), y ello hace que nazca la patria potestad (por ficción), lo cual ratifica que la tenencia la ostenta el padre (legal). Siendo ello así, y de conformidad con todos los párrafos precedentes, se concluye que los parientes como los abuelos, no pueden solicitar la tenencia.

B. La tenencia como derecho de los hijos a permanecer con sus padres

En la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional importantísimo del cual somos parte, se establecen derechos específicos que a su vez los estados parte deben legislar en materia civil o de familia y, sobre todo, respetar, así tenemos: *El derecho de convivencia: guarda, custodia y derecho de visita.*

Derivado del derecho a tener una familia nace el correlativo de convivencia de los hijos con sus padres y familiares privilegiando el mejor desarrollo integral de los primeros. Es fundamental que se entienda que la convivencia del niño, niña y adolescente con sus padres es su derecho, pero también será un deber de los progenitores para con ellos. **Mientras el padre o madre no esté suspendido o restringido de ejercer su derecho a la patria potestad no puede separarse a los niños de su compañía pues aún no hay motivos valorados por una autoridad judicial que pongan en tela de juicio su permanencia junto a ellos.** (PÉREZ CONTRERAS, 2013)

La autora señala que; *“en casos de excepción, los términos de la convivencia pueden variar, como cuando se indica que los hijos pueden vivir separados de uno o ambos padres, por excepción, en caso de juicios del orden civil o familiar siempre que así lo determinen las autoridades judiciales considerando que sea lo que más convenga a niños, niñas o adolescentes, previa valoración de los motivos*

⁶⁰ Artículo 83 CNA.- Petición

El padre o la madre a quien su cónyuge o conviviente le arrebató a su hijo o desee que se le reconozca el derecho a la Custodia y Tenencia, interpondrá su demanda acompañando el documento que lo identifique, la partida de nacimiento y las pruebas pertinentes.

Nótese que se le reconoce el derecho de petición solo al padre o a la madre.

por los cuales se le aparta del menor y posterior restricción de su derecho como padre de convivir con el niño”⁶¹. (PÉREZ CONTRERAS, 2013)

En opinión de la doctrinaria, que hacemos nuestra también, en este último caso y a través de un procedimiento jurisdiccional, se establecerá la forma en que la convivencia con ambos padres se desarrollará, siempre que ello no fuera perjudicial para el bienestar de niños, niñas y adolescentes; para eso se atenderá, conforme a la legislación civil o familiar, al régimen de guarda, custodia y visitas, además de la previa suspensión o extinción en nuestro caso de la patria potestad, por ser el camino regular a seguir, de modo que no caer en una incertidumbre jurídica.

Por otro lado pero en el mismo sentir, (MOSQUERA VASQUEZ, 2014) refiere que: “el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que los estados parte velarán porque el niño no sea separado de sus padres excepto cuando reserva de revisión judicial las autoridades competentes determinen de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, por ejemplo en los casos de maltrato...”.

Como podemos observar, Clara Mosquera, nos manifiesta que tal separación no podría ser por cualquier motivo, esto es no se puede desconocer el derecho del niño a permanecer con su padre o madre, salvo que haya una razón suficiente, a valoración de los operadores jurídicos; que justifique la separación. Y obviamente esta separación tiene que estar justificado en una previa suspensión de la patria potestad.

C. La naturaleza Jurídica de la relación entre abuelos y nietos

Antiguamente, los abuelos eran vistos como personas de referencia, autoritarias y distantes. La edad y la experiencia les dotaban de respeto por parte de la familia, siendo la figura a la que obedecer de manera incondicional. No obstante, este papel de poder ha quedado atrás, evolucionando hacia un rol más próximo y emocional (BALLESTEROS & MEGIAS, 2011).

(DE LA TORRE, 2005) nos manifiesta que cada vez son más frecuentes las separaciones y divorcios que hacen en muchas ocasiones que los abuelos sean figura clave para neutralizar tensiones y aliviar conflictos, siendo ellos los que, por costumbre, se encarguen en determinados momentos de los menores o en situaciones monoparentales en las que ser una sola persona puede resultar insuficiente y los abuelos asumen cargos de los que se ocuparían ambos progenitores.

En estas últimas décadas ha habido muchos cambios como la crisis económica, la inserción de la mujer en el trabajo y la aparición de nuevos tipos familiares. Se puede observar que son situaciones en la que los hijos necesitan del

⁶¹ Artículo 9º

1. ...excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.

apoyo y colaboración de sus padres para con el cuidado de sus hijos, no obstante, no debemos olvidar la importante labor que el abuelo tiene con sus propios hijos a los que guían y ayudan en la transición y el ejercicio de la paternidad/maternidad.

(NORIEGA & VELASCO, 2013) definen al abuelo como una fuente de amor, afecto y devoción, siendo el cuidado de los nietos una de las funciones más importantes. Esta relación consigue crear lazos muy estrechos debido a la posición de los abuelos. La diferencia entre el cariño y afecto de padres y abuelos, es que los padres lo muestran siempre dentro de su papel educativo. Por ello, a los niños les encanta estar con sus abuelos porque al no dar órdenes los ven como amigos, guías, divertidos, cariñosos y mimos. Los abuelos no quieren volver a ser padres, sino que se ven con la función de malcriar y ser indulgentes, de ser fuentes de amor incondicional, ser transmisores de conocimientos y valores, contadores de cuentos y compañero de juegos, centrándose en querer.

A todo esto, ¿cuál es el rol en que se funda la relación de los abuelos con los nietos?

La entrega de amor incondicional. Uno de los que más comunes nos puede resultar. Por como acabamos de explicar, al no tener las responsabilidades que tienen los padres se convierten en un tipo de colchón de apoyo cuando devienen situaciones de estrés, fortaleciendo tanto la autoestima como la autoeficacia de los menores. La liberación de la responsabilidad de educar hace que la relación que tengan abuelos y nietos sea más lúdica e informal (NORIEGA & VELASCO, 2013)

Como los propios nietos sienten, los abuelos son compañeros, amigos y confidentes. Ya hemos visto como esa falta de órdenes por parte de los abuelos hace que entre ambos surja una relación más íntima (Hoyuelos, 2003, pág. 41).

Algunos detractores de nuestra postura, señalan a España como uno de los ordenamientos jurídicos en los cuales se atribuye la custodia de los hijos menores a los abuelos, lo cierto es que se ha resuelto en este sentido en muy pocas ocasiones y con carácter provisional, tal y como dispone el artículo 103º del Código Civil español. Conforme a la norma en mención, si los padres, por circunstancias excepcionales, no pueden hacerse cargo de la custodia de los hijos, el juez puede otorgar a los abuelos, parientes u otras personas. Esta mención legal implica no sólo la posibilidad de que los abuelos, familiares y terceras personas, ostenten la custodia ordinaria de los hijos, sino también que **puedan asumir las funciones tutelares de los menores, con clara exclusión de los padres** y mejor derecho que ellos en aquellos casos excepcionales contemplados por la ley (DUEÑAS TRIVIÑOS, 2018)

En el derecho comparado español, los abuelos han sido considerados como unos de los familiares extensos cuya relación- basada en su naturaleza jurídica- con los nietos se tiene que rescatar en cualquier contexto, aun cuando los nietos a pesar de la separación de los padres; por causas justas, hayan sido entregados en adopción a otras personas. Sin embargo; como vimos anteriormente, esta relación se funda en una cierta complicidad y no en una educación con disciplina, es por

ello que, en ese ordenamiento jurídico, lo que se busca priorizar y rescatar es el derecho de visitas y relación de los nietos con los abuelos, como ha sido plasmado literalmente en su normatividad vigente⁶². De la Torre (2005) coincide con esta idea como bien recoge la Exposición de Motivos de la ley, acotando que debido a esta función tan importante se le concede la posibilidad en casos en los que los niños han sido adoptados o acogidos por otra familia de poder seguir relacionándose con ellos o en situaciones de crisis que sean ellos quienes asuman la guarda y custodia⁶³, en las instituciones de protección familiar que corresponda.

A esto debemos añadir que De la Torre (2005) y Berrocal (2005) señalan que, para la jurisprudencia, a pesar de que se inclinan a usar el término de derecho de visitas y comunicación, hablar de derecho de relación tiene un significado más amplio que el de visitas porque la relación implica ver, tratar a una persona por amistad o afecto, lo que significa que existe una conexión y una correspondencia entre ellas. Ahora bien, el autor coincide con la idea de que no hay que pasar el límite de normalidad en la organización familiar (esto es el rol de cada uno dentro de la familia) sin que este derecho sea una subrogación del régimen de los padres, pues recordemos que a pesar del importante papel de los abuelos los padres vienen unidos a los hijos por la patria potestad, de la que solo pueden gozar los progenitores. Así lo refleja el Tribunal Supremo de España al establecer que esta relación abuelo-nieto no puede limitarse a un mero contacto durante un breve tiempo, pero tampoco debe equipararse al régimen establecido a favor del titular de la patria potestad en situaciones de separación, nulidad o divorcio, pues el régimen establecido para los progenitores tiene la función de facilitar a éstos el adecuado ejercicio de su función parental (GUILARTE, 2014)

D. La Tutela como institución protectora del niño

A lo largo de nuestra investigación nos hemos preocupado por hacer notar la importancia del rol que tienen los padres en la formación de los niños, ejerciendo plenamente sus derechos y deberes con ellos. Y hemos recalcado que existen figuras jurídicas que coadyuvan a la protección del niño como la tutela.

La tutela es una institución del derecho de familia destinada a brindar amparo familiar que tiene aplicación en aquellos casos en los que el menor de edad no está sujeto a patria potestad, ya sea porque no tiene padres o porque los mismos han perdido la patria potestad que les correspondía. El tutor es la persona encargada de cuidar la persona y los bienes del menor (NAVARRETE PEREZ, 2013).

⁶² Artículo 160 Código Civil Español:

El padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en la resolución judicial.

No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados.

...

⁶³ Como se observa el autor habla en primer lugar de guarda que es la figura mas idónea, tratándose de los abuelos, seguido de la custodia en donde cabría la tutela como la institución que corresponde a los abuelos.

(MOSQUERA VASQUEZ, 2014) cita en su artículo que “...podemos llegar a concluir que la tenencia es una institución que vincula únicamente a los padres con sus hijos, a ningún otro miembro de la familia. En caso de no existir los padres estaremos ante la figura de la tutela, que tiene por finalidad el cuidado del menor que no está bajo la patria potestad de los padres, lo que incluye el cuidado de la persona y de sus bienes, tal como lo señala el artículo 502 del Código Civil”

Un niño o niña requiere para su completo y adecuado desarrollo emocional estar al lado de sus padres, si bien los abuelos pueden brindar apoyo en su crianza, jamás podrán reemplazar a los padres, bien señala, en ese sentido la Convención de los Derechos del Niño en su sexto principio, que el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material.

E. La guarda como deber transitorio de los terceros de cuidar a un menor

En palabras de (MORALES CERNA, 2014) la “guarda” es una institución del Derecho de Familia que implica “vigilar”, “custodiar” a una niña, niño y adolescente para efectos de prodigarles los cuidados que ellos requieren.

Por otro lado, el profesor (AGUILAR LLANOS, 2009) nos refiere que: “la guarda constituye un deber, y que en el caso de los padres los obliga a la protección y cuidado de los hijos...”

El vigente Código de Niños y Adolescentes aprobado por ley 27337 señala que la tenencia no se extiende a terceros aun cuando se trate de familiares del menor, y si fuera el caso de darse la situación de que los infantes no vivan con sus padres y se encuentren en poder de un tercero, pues bien, este tercero, según interpretación de la posición del código de los Niños y Adolescentes vigente, cuidará al menor provisionalmente en tanto se dilucide la situación del niño o adolescente, y así estará actuando como guardador o tutor provisional con deberes y derechos propios de estas instituciones, entonces esta institución llamada guarda tiene la característica de la transitoriedad pues se cuida al menor, hasta que venga un pronunciamiento definitivo con respecto a este. Pronunciamiento que puede ser el conceder tenencia al padre o madre, o ahora con la legislación vigente, conceder tenencia compartida a favor de ambos, o en defecto de ellos conceder el ejercicio de la tutoría a un tercero que puede ser familiar o no, y en este supuesto estaríamos ante la figura de la tutela. (AGUILAR LLANOS, 2009)

4.1.1.2 Análisis Jurisprudencial

A. Casuística

- **Expediente N° 356-2005 – CONO NORTE**

La Cas. 356-2005-Cono Norte, concluye que “puesto que todos los medios probatorios existentes tales como informes psicológicos y sociales y declaración del propio niño señalan que éste se encuentra en muy buenas condiciones, trato, cuidado y vínculo familiar con los abuelos maternos Julia Meza de Chinchay y

César Chinchay More”. Incluso el niño expresó su opinión de querer "permanecer viviendo con sus abuelos y que su padre Alindor lo visite".

- **Expediente N° 4774-2006 – LA LIBERTAD**

En la Cas. 4774-2006- La Libertad, es el padre de la niña quien solicita la tenencia, pero los jueces resuelven en el sentido de que la menor continúe viviendo con la abuela materna: “Considerando sexto: Que, de la revisión de las sentencias de mérito fluye que ni el a quo ni el ad quem han desconocido la patria potestad que corresponde al actor como padre respecto de la niña cuya Tenencia reclama a través de la presente demanda, sino que, pese a ello, han estimado que en aplicación del principio del Interés Superior del Niño consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, uno de los derechos que componen dicha patria potestad, no puede ser ejercido en este caso, dado que lo más beneficioso para el desarrollo integral de dicha niña es que continúe bajo el cuidado de su abuela materna (...)”

- **Expediente N° 4881-2009 – AMAZONAS**

En la Cas. 4881-2009- Amazonas, se niega la tenencia al padre y se la otorga a los abuelos maternos, para conservar el vínculo afectivo con la niña y “corresponde entregar la tenencia y tutela de la menor a favor de los abuelos maternos, pues alejar a la niña de estos –quienes desde el deceso de la madre se han encargado de crear un vínculo afectivo con ella, siendo las únicas personas con quienes ha mantenido contacto y le han dado las atenciones y cuidados que todo niño necesita– implicaría una alteración a su desarrollo emocional y social, lo cual no se condice con el principio de interés superior del niño”. La casación mencionada es interesante al otorgarles la tenencia junto con la tutela, siendo figuras distintas, y no habiendo sido suspendida tampoco la patria potestad al padre, al que se le asigna un régimen de visitas.

- **Expediente N° 5200-2009 – AREQUIPA**

Otra sentencia a favor de otorgar la tenencia a los abuelos es la Cas. N° 5200-2009Arequipa: “Si en el presente caso las instancias inferiores han constatado el fallecimiento de la madre de la niña de hija de los accionantes, y estos peticionan la tenencia de la menor, resulta que sí gozan de legitimidad para obrar, puesto que prevalece el interés superior del niño y el respeto a sus derechos”; los jueces se apoyan en el principio del Interés superior de Niño y el respeto de sus derechos, a una estabilidad psíquica, emocional y física, para que pueda ir desarrollándose en el entorno familiar en que ha estado viviendo.

- **Expediente N° 1432-2009 – LIMA**

En la Cas. 1432-2009-Lima, donde se discute la tenencia del menor de edad, de once años, entre el padre y el abuelo materno, una vez fallecida la madre del niño. En virtud del art. 84 del CNA, el abuelo materno obtiene la tenencia

porque es quien ha convivido más tiempo con el niño. Entre las pruebas presentadas y el informe social solicitado se constata que “el señor R.P.Y. conforma un hogar constituido, al parecer la relación con su yerno no fueron armoniosas, el niño se encuentra identificado con sus abuelos maternos, vive en armonía, afecto, amor, cariño, siente el calor familiar de todos lo que lo rodean en la casa de los abuelos maternos”; A páginas setecientos ochenta y siete corre el informe social efectuado en el domicilio don C.M.C.L. (progenitor), teniendo como conclusiones lo siguiente: “el señor C.M.C.L. conforma un hogar disfuncional desde el fallecimiento de su esposa y la ausencia de su hijo, quien se encuentra con los abuelos maternos”. Como lo estamos destacando, lo que importa para el niño es que tenga estabilidad emocional y física, y como en este caso, vive en armonía, está rodeado de cariño y es un entorno familiar óptimo.

B. Fundamentos por los cuales se han declarado procedentes

En su mayoría, los casos analizados, denotan ciertos criterios predominantes y repetitivos en base a una valoración desproporcional del Principio del Interés Superior del Niño, en la determinación de la tenencia a los abuelos, que queramos o no van creando predictibilidad en el Derecho de Familia, situación que pone en riesgo la conservación de la tutela en nuestro ordenamiento jurídico.

Hay una serie de fundamentos por los cuales se ha declarado procedente la petición de tenencia por parte de estos parientes extensos, he aquí algunos de ellos:

- En la mayoría de casos analizados, la Corte Suprema ha realizado una interpretación extensiva del artículo 81° del C.N.A., se entiende que los abuelos pueden petitionar la tenencia, estando a que el propósito central de este tipo de procesos es determinar lo que sea más favorable al niño. Ellos no solo tienen vocación familiar, tienen el compromiso afectivo de hacerlo más aun en los casos en los que existe convivencia cuidado y manutención de abuelos respecto de nietos. El nieto deberá permanecer con el (los) abuelos con quien convivió mayor tiempo, tomando en consideración su derecho de relación lo que permite la continuidad de las relaciones referenciales de familia.
- Entre las consideraciones que llevaron a otorgar la tenencia al abuelo y un régimen de visitas a favor del padre, figura la aplicación extensiva del artículo 84° del Código de los Niños y Adolescentes para incluir al abuelo que ha convivido mayor tiempo con el niño, siempre que le resulte favorable. En base a los considerandos de la sentencia y al amparo de las normas procesales señaladas en concordancia con el principio de interés Superior del Niño y Adolescente previsto en el artículo IX del Código de los Niños y Adolescentes y el artículo tercero de la convención sobre los Derechos del Niño.
- Por supuesto, encontramos el criterio de la Corte Suprema respecto a la aplicación del principio del interés superior del niño, toda vez que “se trata de un principio que obliga al Estado y a la sociedad a reconocer y garantizar los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes y otorga

preeminencia al interés superior del niño por sobre otros intereses y consideraciones”; de modo que, teniendo como norte el interés superior del niño, es procedente otorgar la tenencia a los abuelos, en salvaguarda de la vida, la integridad y demás derechos del niño.

Asimismo, señala que no se desconoce la patria potestad a los padres, cuya Tenencia reclaman, sino que, en aplicación del principio del Interés Superior del Niño, consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, se ha visto por conveniente que dichos menores continúen bajo el cuidado de sus abuelos, por ser lo más beneficioso.

- En otro caso, el Tribunal Constitucional basa su fundamento en el principio de solidaridad, un principio valor que pertenece a la vida social y ético, que, en esencia, consiste en la colaboración con los demás, en especial en situaciones de necesidad. Asimismo, basa su fundamento en la dignidad humana, en los principios de protección integral y el interés superior del niño, consagrados en el artículo 1° y 4° de nuestra Constitución, en el Código de Niños y Adolescentes y la Convención sobre los derechos del niño. A través de esta sentencia el Tribunal Constitucional nos ha dado directrices para la aplicación de los principios citados, con la finalidad de velar por la mejor protección de los intereses del niño se puede conceder tenencia y tutela a una persona distinta de los padres (en este caso una persona que no tiene ningún vínculo consanguíneo con el niño), teniendo en cuenta que por el principio del interés superior del niño, “ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño/niña”

C. ¿La Tenencia y la Tutela pueden coexistir dentro de un proceso?

Como hemos podido observar en los fallos de los procesos antes descritos y citando específicamente la Casación 4881-2009-Amazonas, podemos encontrar una suerte de encuentro entre la tenencia y la tutela, pues los magistrados, han resuelto a favor de los abuelos otorgándoles de manera conjunta ambas figuras jurídicas, lo que desde nuestro punto de vista es incorrecto por corresponder dictar la suspensión o extinción de la patria potestad para posteriormente dar lugar a la tutela, y no caer en una confusión de ambas figuras de amparo familiar que tienen bien definida su función.

Estamos convencidos que hay un sin número de casos en donde los padres dejan a sus hijos al cuidado de los abuelos e irresponsablemente dejan de lado sus obligaciones como padres de formarlos, no obstante el legislador ha previsto estos casos en los cuales, la mejor opción es que los niños se queden al cuidado de los abuelos, siempre y cuando se siga la vía correcta que es suspender la patria potestad del padre que no está presente en la vida del niño (esto resultará un procedimiento talvez dilatorio pero bastante factible ya que estamos ante la ausencia del ejercicio de la tenencia), por ende es menester ser respetuosos de la normatividad y observar la posición del Código Civil al decidir en casos como estos.

Como sabemos la tutela, es una institución de amparo del incapaz que suple en defecto de la patria potestad, sin embargo, en el presente caso, observamos como la Sala, cambiando radicalmente la apreciación del Código Civil, nos señala que ello es posible, pues en ningún momento la sentencia casatoria se pronuncia por la suspensión del ejercicio de la patria potestad, más aun, el padre sigue en pleno ejercicio (DUEÑAS TRIVIÑOS, 2018)

El profesor Aguilar, nos menciona que tales decisiones son acertadas (de la sala), pues ambas instituciones han sido creadas para brindar amparo y protección al menor, y por ende pueden coexistir, sin embargo, si tomaríamos en cuenta lo que sostiene; ¿Para qué se diferenciaría una de la otra? ¿Cuál es la razón de conservar dos instituciones que persiguen el mismo objetivo y que cumplen la misma función? La tutela es una institución que suple a la tenencia, en ese sentido, una vez suspendida la patria potestad, la tutela permitiría al abuelo ejercer la crianza del niño tal y como lo desea. Y de esta manera no traeríamos consecuencias como viene a ser el hecho de confundir ambas figuras o hacer que una de estas instituciones caiga en desuso.

Creemos que la decisión de nuestros magistrados esta errada pues no solamente no motivan de una manera extensa la decisión de conjugar ambas figuras jurídicas con una razón justificable y poco discutible, sino que por el contrario su motivación desde nuestro punto de vista cae en insuficiente.

Muchos de los doctrinarios que están de acuerdo con la sentencia en comentario, aducen que el hecho de solicitar la tutela sin antes haberse suspendido la patria potestad es un caso perdido, ya que los magistrados con “criterios legalistas” lo negaría la petición desde el momento del planteamiento; lo cierto es, que ésta es la vía correcta para acceder a la tutela, fundada en el Código civil vigente y lo que se debería de procurar es conservar ambas figuras jurídicas cada una con su razón de ser y no modificar el derecho creando incertidumbre jurídica.

D. Análisis del Pleno Jurisdiccional de Lima Este – Noviembre del 2017

El 17 de noviembre del 2017 se llevó a cabo el Pleno Jurisdiccional Distrital en materia de Familia en el distrito judicial de Lima Este, contando con la presencia de jueces superiores y jueces especializados del distrito judicial mencionado; ello con la finalidad de unificar criterios sobre los distintos criterios que tienen los jueces de familia en la Corte Superior de Justicia de Lima Este, en tanto unos declaran Improcedente la demanda de tenencia y custodia de sus nietos y concluyen el proceso, y otros admiten la demanda hasta un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia; las resoluciones contradictorias materia de debate fueron emitidas una por el Segundo Juzgado de Familia y otro por el Tercer Juzgado de Familia, ambos del distrito de San Juan de Lurigancho. El debate se

concentró en la legitimidad e interés para obrar de los abuelos para interponer demanda de tenencia y custodia de sus nietos.

- ¿Los abuelos tienen legitimidad e interés para obrar para interponer demanda de tenencia y custodia de sus nietos?

Primera ponencia: Refiere que los abuelos no tienen legitimidad ni interés para interponer la demanda de tenencia y custodia de sus nietos por ser una facultad estrictamente de la patria potestad, debiendo declararse improcedente la demanda interpuesta, de conformidad con el artículo 89° del Código de los Niños y Adolescentes. Se argumenta que la responsabilidad de la custodia de los hijos es exclusiva de los progenitores, no pudiendo ser delegada a otros miembros de la familia extensa. Que el artículo 89° del Código de los niños y Adolescentes, establece que: “Cuando los padres estén separados de hecho, la tenencia de los niños y adolescentes se determinará de común acuerdo con ellos. De no existir acuerdo de los padres o si estando de acuerdo, este resulta perjudicial para él, la tenencia la resolverá el Juez especializado de Familia, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento”.

Segunda ponencia: Refiere que excepcionalmente, los abuelos sí tienen legitimidad e interés para obrar para interponer demanda de tenencia y custodia de sus nietos, debiendo admitirse la demanda, en aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil y el Principio del Interés Superior del Niño. Se argumenta que de conformidad con el artículo VI del título preliminar del Código Civil, para ejercitar o contestar una acción, es necesario tener legítimo interés económico o moral. El interés moral autoriza la acción sólo cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley; por lo que, teniendo en cuenta que ante el hecho de determinar la guarda y cuidado de los niños, los abuelos como miembros de la familia están legitimados moralmente para poder accionar la tenencia; toda vez, que el artículo 89° del Código de los Niños y Adolescente no lo prohíbe; es más, lo advierte al señalar que: “cuando resulte perjudicial para él (niño, niña) la tenencia la resolverá el Juez Especializado”, por lo que resulta evidente que, en aplicación del interés superior del niño, los abuelos están facultados para accionar la custodia de sus nietos.

Después de deliberar aprobaron por mayoría la segunda ponencia el pleno jurisdiccional de familia concluyó que es viable, que los abuelos interpongan demanda de tenencia y custodia de sus nietos siempre que las circunstancias especiales lo ameriten. Si bien es cierto el pleno se pronuncia que la decisión corresponde solo a casos excepcionales, lo es también que en tales casos se pudo peticionar antes la suspensión de la patria potestad para luego solicitar la tutela, puesto que había motivos para restringirse el derecho al progenitor, de esta manera

todo se habría encaminado por la vía regular y no existieran dichos casos excepcionales.

Sabemos que los plenos jurisdiccionales son guías para el operador jurídico, en su quehacer jurídico, sin embargo, éste no es más que un pleno distrital, que en nuestra opinión no tiene la envergadura ni marca un precedente vinculante al respecto, es por ello que aún no todo este perdido y aun podemos salvaguardar las instituciones afectadas con tales decisiones.

4.1.2 Análisis de las consecuencias prácticas en el contexto del Ejercicio de la Tenencia por parte de los abuelos.

Producto del análisis de la jurisprudencia peruana, notamos que cada vez son más los casos cuyos fallos favorecen a los abuelos, y aunque se basen en argumentos un tanto discutibles, lo preocupante es que los criterios utilizados por los magistrados cada vez son más frecuentes, trayendo consigo una serie de consecuencias nefastas desde el punto de vista de cómo es concebido el derecho de familia. Dentro de las consecuencias jurídicas negativas que traen consigo tales decisiones de nuestra judicatura, podemos señalarlas siguientes:

- **Inaplicación de la normatividad Vigente**

Como sabemos, el artículo 423° del Código Civil, reconoce a los padres la patria potestad y establece como su contenido, el cuidar de la persona de los hijos, administrar sus bienes, representarlos en su vida civil, corregirlos moderadamente, así como “tenerlos” bajo su compañía y recuperarlos del lugar donde se encuentren, entre otras cosas. Así pues, la tenencia vendría a ser uno de los tantos atributos de la patria potestad del cual solo gozan los padres por el simple hecho de serlo, puesto que aquella se generó mediante la filiación. Éste es uno de los artículos vigentes del CC. De los cuales se apartan aquellos magistrados al preferir aplicar el Principio del Interés superior del niño antes que el derecho sustantivo.

Por otro lado, el Código de los Niños y Adolescentes vigente que data año 2000, viene a ratificar lo antes señalado, es decir, que la patria potestad es inherente a la condición de padre y que son ellos quienes tienen el derecho de tenencia frente a sus hijos, según se desprende del artículo 74° del referido cuerpo normativo.

En el análisis de la casuística en el punto anterior, hemos podido ver que la judicatura inaplica todos estos artículos vigentes que son concordados por varios cuerpos normativos y no solamente eso, sino que hace interpretaciones extensivas de los artículos 83 y 84 así como del artículo IX del Título preliminar del CNA con los que discrepamos tajantemente.

- **Aplicación desproporcionada del principio del interés superior del niño**

La idea rectora del Principio del interés superior del niño es que la consideración del niño debe primar al momento de resolver sobre cuestiones que

le afecten. En realidad, este principio exige tomar en cuenta al niño como un ser humano, como un verdadero sujeto poseedor de derechos que deben ser respetados, especialmente por los adultos y por el estado, en efecto el Principio superior del niño implica abandonar viejas presunciones y reconocer que los niños y niñas si son capaces.

Coincidimos con (MOSQUERA VASQUEZ, 2014) al señalar que el Principio superior del niño debe ser aplicado teniendo en cuenta las instituciones del derecho de familia, pues por más noble que sea la finalidad no puede implicar que el derecho sea modificado.

Consideramos que, si bien el Principio del Interés Superior del niño resulta esencial para dilucidar causas en los que se discutan temas vinculados a los niños y adolescentes, ello no puede servir para modificar instituciones como es en este caso, la tenencia que debe ser considerada doctrinariamente como un atributo de la patria potestad, y por tanto debe ser ejercida por los padres, la cual ha sido ampliada a otros parientes como los abuelos.

Por último, nos cita Mosquera, que anteponer en forma desproporcionada el principio del interés superior del niño daría lugar a que se puedan cometer excesos y modificar el derecho lo que no debería ser aceptado pues podría llevarnos a una situación de incertidumbre jurídica, donde se deje de lado la doctrina.

- **Se está creando Predictibilidad a partir de tales decisiones**

Como resultado de las decisiones tomadas por nuestra judicatura, que cada vez son más frecuentes nos encontramos ante un contexto en donde el criterio predominante en el que los abuelos fácilmente pueden obtener la tenencia de sus nietos, derecho que corresponde a los padres, generando predictibilidad en el derecho de familia lo que podría devenir en un posterior desuso de la tutela como institución, por utilizar el recurso facilista de solicitar la tenencia en vez de la institución de amparo correcta como lo es la tutela.

- **Desnaturalización de la institución de la patria potestad**

La tenencia es una institución que vincula únicamente a los padres con sus hijos, a ningún otro miembro de la familia. En caso de no existir padres estaremos ante la figura de la tutela que tiene por finalidad el cuidado del niño que no esté bajo la patria potestad lo que incluye el cuidado de su persona y de sus bienes tal como lo señala el artículo 502 del CC.

En ese sentido, coincidimos con Morales, cuando nos manifiesta que: “Se concluye que los parientes como los abuelos, no pueden solicitar la tenencia de sus nietos dado cuenta que aquella es exclusiva del padre, de otro modo desnaturalizaría dicha institución familiar más aún si el Código de Niños y Adolescentes derogó el referido derecho que los otros parientes tenían; sin embargo ello no quiere decir que se encuentran desprotegidos los derechos de los niños, niñas y adolescentes dado que los abuelos pueden solicitar la “guarda” la cual implica vigilar, cuidar de su persona, y por ende ejercer un derecho cuyo

contenido es igual al de la “custodia” pero con un nomen iuris diferente, sin ser relevante de donde proviene, dado que existe por excepción otorgándose relevancia a su finalidad”. (MORALES CERNA, 2014)

- **Desuso de la tutela**

Si la problemática que hemos expuesto a lo largo de nuestra investigación logra posicionarse frente a nuestra postura y crea precedentes de naturaleza vinculante, generaría como un potencial problema el abandono de la tutela puesto que la tenencia presupone casos en los que se extendería a otros parientes y la tutela como institución supletoria a la patria potestad dejaría de tener una razón de ser. Estos es una de las consecuencias jurídicas más saltantes de tales decisiones además de, que la doctrina a cerca de la patria potestad y la tutela, como venimos entendiéndolas hoy en día, quedaría en una suerte de limbo en donde rige la confusión entre ambas instituciones y donde una de ellas no tendría una utilidad a la vista.

4.1.2.1 Resultados del Instrumento de Aplicación: Entrevista a Jueces de Juzgados de Familia de los Distritos de Piura, Castilla y Catacaos.

Para el presente trabajo de investigación se ha realizado una entrevista en los distintos juzgados especializados de Familia de Piura, Castilla y Catacaos, la cual cuenta con 8 preguntas acerca de los casos revisados por los jueces en el tema de tenencia; con la finalidad de recolectar datos reales de si estos recientes pronunciamientos a favor de los abuelos están generando predictibilidad y por ende modificando el derecho de familia.

El total de jueces entrevistados son 7. No todos ellos han resuelto casos de tenencia planteados por abuelos u otros parientes, pero, en este caso respondieron a las preguntas de la entrevista en base a su conocimiento general del tema.

Los resultados obtenidos presentamos en los siguientes puntos, conforme a las preguntas diseñadas para la entrevista ejecutada.

A. Sobre si ha revisado o no casos de tenencia solicitados por abuelos

¿En su labor como operador jurídico, ha tenido la oportunidad de revisar casos de tenencia solicitados por los abuelos?

Tabla 1: Jueces que revisaron casos de tenencia planteados por abuelos

Respuesta	Número	Porcentaje
Si	6	85.71%
No	1	14.29%
Total	7	100%

Fuente: Entrevista

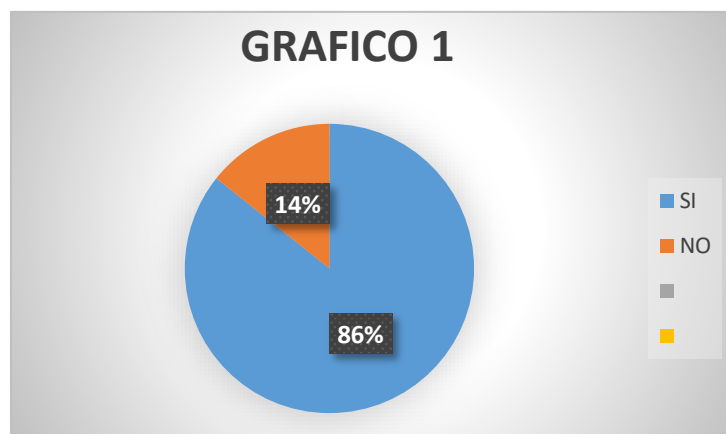


Gráfico 1: Porcentaje de jueces que revisaron casos de tenencia planteados por abuelos

En el Cuadro y Gráfico N°1, podemos ver que, del total de los entrevistados, el 86% manifiestan que, en su labor como operador jurídico, ha tenido la oportunidad de revisar casos de tenencia solicitados por los abuelos; mientras, el 14% manifiestan que no; por ser recientemente nombrado juez de familia, sin embargo, ellos podrán responder de acuerdo a su conocimiento jurídico del tema.

B. Acerca de si de los casos revisados, les otorgó la tenencia a los abuelos

Precise si en dichos casos les otorgó la tenencia a los abuelos

Tabla 2: Porcentaje de casos en que se otorgó la tenencia a los abuelos

Respuesta	Número	Porcentaje
Si	2	28.57%
No	5	71.43%
Total	7	100%

Fuente: Entrevista

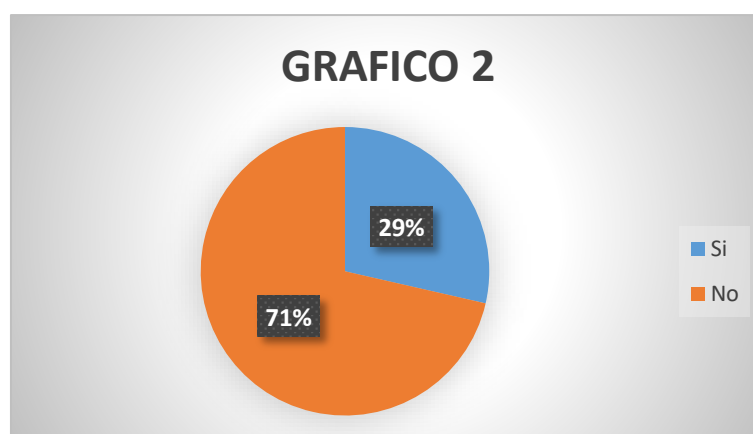


Gráfico 2: Porcentaje de casos en que se otorgó la tenencia a los abuelos

En el Cuadro y Gráfico N°2, podemos ver que, del total de los entrevistados, el 71% precisan que en los casos de tenencia solicitados por los abuelos a su cargo; no otorgaron la tenencia por considerar que el derecho sustantivo no contempla esta posibilidad declarando improcedente la demanda para que la parte solicitante pudiera encaminarla hacia enervar; en primer lugar, la patria potestad persistente, para luego solicitar la tutela. Mientras, el 29% manifiestan que sí; porque el brindar amparo a los niños es algo de suma importancia y celeridad, fundamentándolo en el Interés Superior del Niño

C. Acerca de los criterios utilizados para resolver el caso

¿Qué criterios utilizaron para resolver el caso?

Tabla 3: Criterios para resolver el caso

Respuesta	Número	Porcentaje
Aplicación del Art. 81 y 84 del C.N.A	3	42.86%
Aplicación del Art. IX del T.P del C.N.A y Art. IV del T.P del C.C	2	28.57%
Aplicación del Art. 420 C.C	1	14.29%
No resolvió ningún caso de tenencia	1	14.29%
Total	7	100 %

Fuente: Entrevista

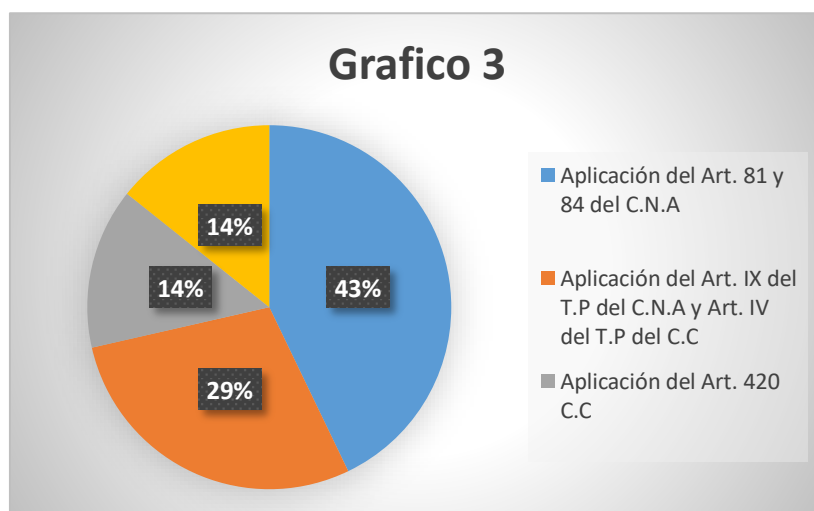


Gráfico 3: Porcentaje de criterios utilizados para resolver el caso

En el Cuadro y Gráfico N° 3, podemos ver que del total de los entrevistados, el 43% precisan que el criterio utilizado para resolver se fundó en la aplicación del Artículo 81 y 84 del código de Niños y Adolescentes,

reconociendo que solo los padres pueden acceder a la tenencia de los menores y si estos no estuvieran presentes daría lugar a una solicitud de tutela, por otro lado el 29 % respondió haber utilizado el criterio de la aplicación del artículo IX del T.P. del Código de niños y adolescentes en concordancia con el Artículo IV del T.P. del CC, argumentando la supremacía del interior superior del niño por encima del derecho positivo, asimismo, el 14 % manifiesta haber resuelto en base al artículo 420 en caso de separación o divorcio y por ultimo otro 14 % precisa no haber resuelto ningún caso de tenencia.

D. Sobre la idoneidad de la solicitud de tenencia planteada por los abuelos

¿Le parece idóneo que la solicitud de tenencia sea planteada por parte de otros parientes que no son los padres? En este caso, los abuelos

Tabla 4: Sobre la idoneidad de la solicitud de tenencia planteada por los abuelos

Respuesta	Número	Porcentaje
Si	2	28.57%
No	5	71.43%
Total	7	100%

Fuente: Entrevista

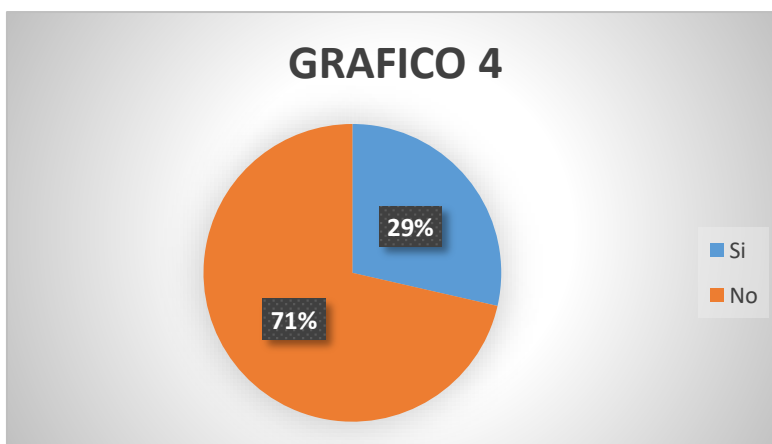


Gráfico 4: Porcentaje sobre la idoneidad de la solicitud de tenencia planteada por los abuelos

En el Cuadro y Gráfico N° 04, podemos ver que, del total de los entrevistados, el 71% responden que no es idóneo que la solicitud de tenencia sea planteada por otros parientes, pues la tenencia es únicamente derecho de los padres y que, si se trata de no desamparar al niño que no tiene progenitores, entra en rigor la tutela provisional. Mientras, el 29% manifiestan que sí; porque por el principio del interés superior del niño, se debe procurar el bienestar del niño, y si éste se encuentra amenazado por los padres o si éstos no son idóneos para cuidar de sus hijos, la tenencia se debe encargar a otro familiar, a terceras personas o a instituciones benéficas, como el albergue para niños; asimismo, señalan que el Juez está facultado a otorgar la tenencia a persona distinta que

los padres en salvaguarda de su integridad, cuando los padres no pueden ejercer la misma.

E. Sobre si está de acuerdo con la casuística imperante que favorece a los abuelos a pesar de que la tenencia es un derecho exclusivo de los padres

¿Está usted de acuerdo con la casuística imperante hoy en día; la cual favorece a los abuelos a pesar de que la tenencia es un derecho exclusivo de los padres?

Tabla 5: Sobre si está de acuerdo con la jurisprudencia que favorece a los abuelos

Respuesta	Número	Porcentaje
Si	2	28.57%
No	5	71.43%
Total	7	100%

Fuente: Entrevista

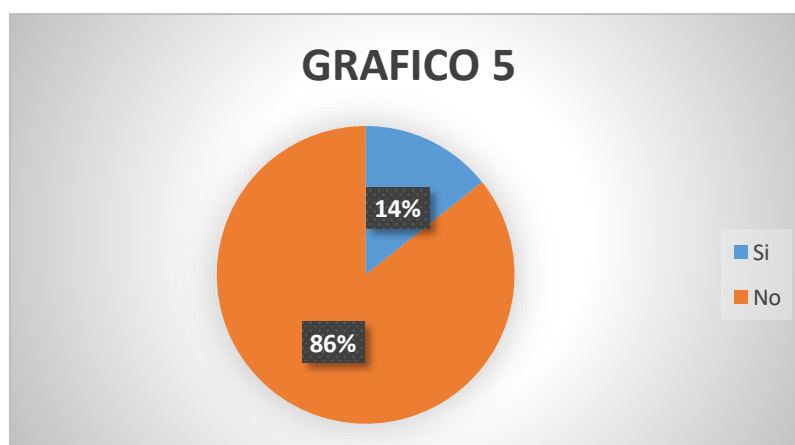


Gráfico 5: Porcentaje sobre si está de acuerdo con la jurisprudencia que favorece a los abuelos

En el Cuadro y Gráfico N°5, podemos ver que, del total de los entrevistados, el 86% precisan que no están de acuerdo con la casuística en donde se favorece a los parientes extensos del niño en defecto de los padres, dado que se está dejando de lado la aplicación del derecho positivo referido a la tenencia y por ende modificando la institución como la hemos concebido. Mientras, el 14% manifiestan que sí; porque el derecho cambia y no se trata de una modificación radical sino de una excepción a la regla – que es que los padres ejerzan este atributo de la patria potestad-, con la finalidad de salvaguardar el desarrollo integral del niño.

F. Sobre si a causa de la jurisprudencia imperante, habría la posibilidad de crear predictibilidad en el Derecho

Hasta ahora no hay jurisprudencia vinculante respecto a la tenencia a favor de los abuelos; sin embargo ¿Cree usted que los fallos a favor de los ellos; que cada vez son más, generan predictibilidad?

Tabla 6: Sobre la potencial generación de predictibilidad en el derecho

Respuesta	Número	Porcentaje
Si	4	57.14%
No	3	42.86%
Total	7	100%

Fuente: Entrevista

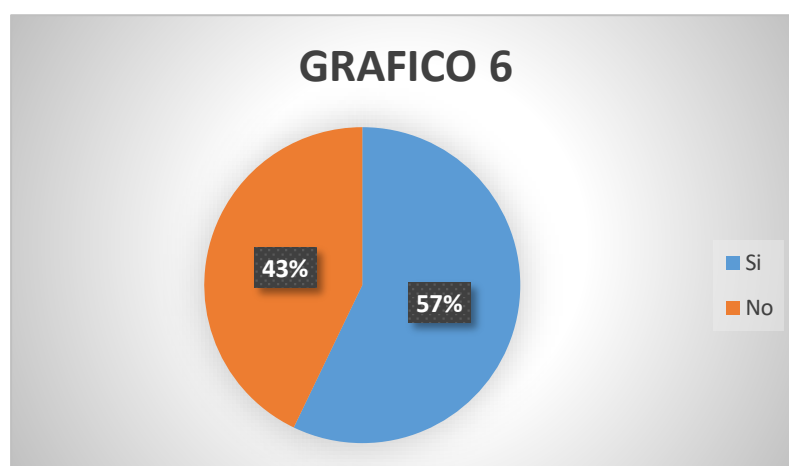


Gráfico 6: Porcentaje de la generación de predictibilidad en el derecho

En el Cuadro y Gráfico N°6, podemos ver que, del total de los entrevistados, el 57% manifiestan que sí, pues cada vez son más los pronunciamientos al respecto y con la ayuda de los plenos distritales se está forjando la idea de que los abuelos también pueden acceder a la tenencia, creando a su vez predictibilidad en el derecho de familia. Mientras, el 43% manifiestan que, si bien hay reiterada jurisprudencia y plenos distritales, en el sentido de favorecer a los abuelos, no hay jurisprudencia vinculante al respecto y por ende no apunta a la predictibilidad pues solo son casos sui generis.

G. Acerca de si la tutela, caería en un potencial desuso

Si hablamos de predictibilidad y de fallos a favor de los abuelos ¿Que pasaría con la institución de la patria potestad O más aún ¿qué pasaría con la tutela y su desuso?

Tabla 7: Sobre la posibilidad de que la tutela quede en desuso

Respuesta	Número	Porcentaje
Si	5	71.43%
No	2	28.57%
Total	7	100%

Fuente: Entrevista

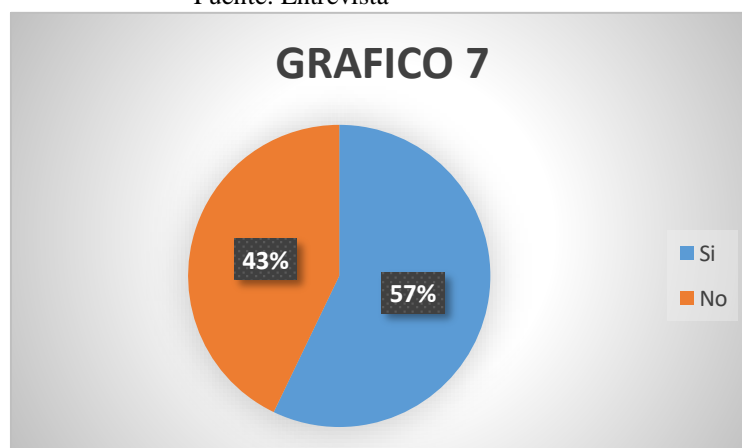


Gráfico 7: Porcentaje de la posibilidad del desuso de la tutela

En el Cuadro y Gráfico N°7, podemos ver que, del total de los entrevistados, el 57% manifiestan que sí. Una de las consecuencias más próximas del otorgamiento de la tenencia a los abuelos sería pues el desuso de la tutela, dado que las terceras personas pueden acceder a la tenencia de los niños, esta institución perdería su importancia. Mientras, el 43% manifiestan que no, pues la tenencia de los abuelos se da en casos excepcionales, por lo que la tutela no se vería afectada.

H. Sobre si el otorgamiento de la tenencia a los abuelos generaría una posterior desnaturalización de la patria potestad

A manera de conclusión ¿Cree usted que el otorgamiento de la tenencia a los abuelos generaría como consecuencia la desnaturalización de la patria potestad?

Tabla 8: sobre la potencial desnaturalización de la Patria Potestad

Respuesta	Número	Porcentaje
Si	4	57.14%
No	3	42.86%
Total	7	100%

Fuente: Entrevista

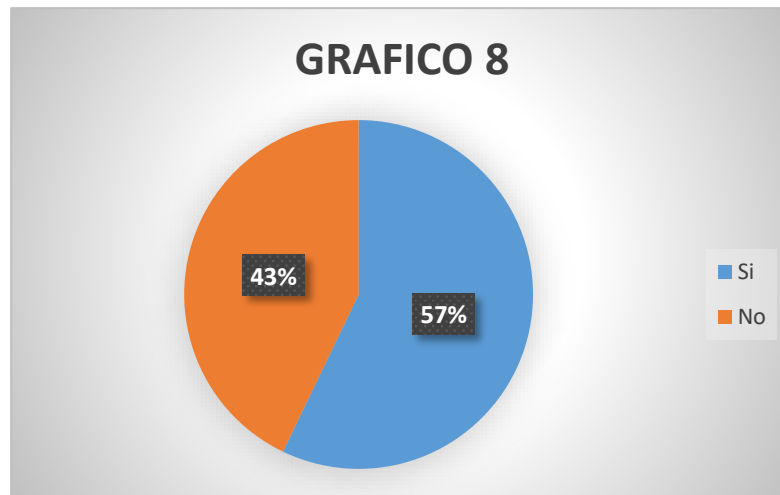


Gráfico 8: Porcentaje de una potencial desnaturalización de la patria potestad

En el Cuadro y Gráfico N°8, podemos ver que, del total de los entrevistados, el 57% manifiestan que el otorgamiento de la tenencia a los abuelos si generaría como consecuencia la desnaturalización de esta importante institución familiar, pues el derecho de los padres de ostentar en exclusividad la tenencia ha quedado relegado pudiendo también ejercer este derecho otros parientes. Mientras, el 43% manifiestan que no, pues la tenencia de los abuelos se da en casos excepcionales y por razones de amparo al niño, que en esos casos es imperante ponerlos a resguardo y valorar más su integridad que el derecho positivo.

CONCLUSIONES

- La tenencia como atributo de la patria potestad, de acuerdo con nuestra normatividad vigente, solo puede ser ejercida por los padres y por ningún otro familiar, por ende; los abuelos no pueden ejercer la patria potestad de sus nietos, ni por excepción. En los casos de muerte de uno de los progenitores, separación o divorcio de los cónyuges, los abuelos en su condición de parientes, y en caso que resulte más favorable al niño, la legislación prevé que se deberá solicitar la suspensión o extinción de la patria potestad al progenitor superviviente para poder solicitar la tutela; que es la institución adecuada, para cuidar de su nieto, ejerciendo todos los atributos que trae consigo dicha institución.
- Concluimos que, los abuelos en primer término; deben ser considerados tutores de sus nietos pues como analizamos en el marco teórico y tomando a modo de ejemplo la legislación española; la relación abuelo- nieto, se funda en una cierta “complicidad” y no en una educación con disciplina y rigor. Consideramos que, esta relación no debe equipararse al régimen establecido a favor de los titulares de la patria potestad, pues la función de los abuelos, sería facilitar a éstos el adecuado ejercicio de su función parental.
- El Principio superior del niño debe ser aplicado, teniendo en cuenta las instituciones del derecho de familia- como la patria potestad-, pues por más noble que sea la finalidad, otorgar la tenencia a los abuelos anteponiendo en forma desproporcionada el principio del interés superior del niño daría lugar a que se puedan cometer excesos y modificar el derecho de familia y sus instituciones – desnaturalizándolas-, lo que no debería ser aceptado pues podría llevarnos a una situación de incertidumbre jurídica.
- Conforme al análisis histórico y doctrinario de la tenencia, como atributo de la patria potestad, concluimos que, a lo largo del tiempo, ha sido considerada como la institución de ejercicio exclusivo de los progenitores o padres legales, así lo demuestra la legislación sustantiva: como el articulado del CC, y del CNA – ambos concordados, estableciendo que, no puede ser extendida a otros parientes, maxime cuando ya hubo en un ítem de la historia en donde el CNA de 1992, contempló la extensión del ejercicio a por otros parientes, sin embargo, con la dación del nuevo código, se derogó esta disposición, regresando al anterior concepto.
- Si la problemática que hemos expuesto a lo largo de nuestra investigación logra posicionarse frente a nuestra postura y crea precedentes de naturaleza vinculante, generaría como un potencial problema; la inutilidad de la tutela puesto que la tenencia presupone casos en los que se extendería a otros parientes y la tutela como institución supletoria a la patria potestad dejaría de tener una razón de ser.

RECOMENDACIONES

- Partiendo del supuesto doctrinal que la tutela es una institución supletoria a la tenencia, y que se da en defecto de la otra, se recomienda que los operadores jurídicos no deberían confundir dichas instituciones, sobrevalorando el principio del interés superior del niño y optando por extender la tenencia a otros parientes, ni mucho menos dictar fallos en donde se otorga la tenencia y a la vez la tutela, pues amparados en los resultados obtenidos de la aplicación de instrumento de probanza de hipótesis, esto conlleva a una modificación de efectos negativos en el derecho de familia, en el sentido que la tutela caería en desuso.
- En base a los estudios realizados de la relación abuelos- nietos, se llegó a la conclusión que el rol que cumplían los abuelos con respecto a sus nietos es fundamentalmente, dar cariño, ser sus cómplices de vida más no educarlos con disciplina. Por ende, se recomienda, que en los casos donde haya por lo menos uno de los progenitores vivo, se le otorgue al él la tenencia, y en el caso de favorecerle más al niño vivir con sus abuelos, en base al interés superior del niño, extender la tutela provisional otorgada a los abuelos, con el fin de encaminar el proceso a la suspensión de la patria potestad del padre y dictar el otorgamiento de la tutela al abuelos o abuelos.
- Se recomienda; tomando como punto de partida la relación parental abuelos – nietos; plasmar positivamente, los derechos a los que tienen derecho, los abuelos, como lo es; no privárseles de la comunicación constante con sus nietos, o excepcionalmente, acceder a un régimen de visitas, de manera que los derechos de éstos estén bien definidos y frente a la casuística no pueda dejarse a la interpretación extensiva de la norma.

ANEXOS

Anexo 1: Formato de Entrevista

ENTREVISTA SOBRE: LA DESNATURALIZACIÓN DE LA INSTITUCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD POR EL EJERCICIO DE LA TENENCIA POR PARTE DE LOS ABUELOS.

DIRIGIDO A JUECES Y ESPECIALISTAS LEGALES

PRESENTACIÓN:

Buenos días, como parte de mi tesis en la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Piura, estoy realizando una investigación a cerca de la idoneidad del otorgamiento de la patria potestad a los abuelos y la potencial consecuencia de la desnaturalización de esta institución. La presente entrevista tiene por objetivo determinar si se produce la desnaturalización de la institución de la patria potestad cuando se les otorga a los abuelos la tenencia de sus nietos a fin de reconocer si es factible que pueda ser extendida a otros parientes que no sean los padres. La información brindada en esta entrevista es de carácter confidencial, solo será utilizada para los propósitos de la investigación. Agradezco su colaboración

- 1.- ¿En su labor como operador jurídico, ha tenido la oportunidad de resolver casos de tenencia solicitados por los abuelos?
- 2.- Precise si en dichos casos les otorgó la tenencia a los abuelos
- 3.- ¿Qué criterios utilizaron para resolver el caso? *
- 4.- ¿Le parece idóneo que la solicitud de tenencia sea planteada por parte de otros parientes que no son los padres? En este caso, los abuelos
- 5.- ¿Está usted de acuerdo con la casuística imperante hoy en día; la cual favorece a los abuelos a pesar de que la tenencia es un derecho exclusivo de los padres?
- 6.- Hasta ahora no hay jurisprudencia vinculante respecto a la tenencia a favor de los abuelos; sin embargo ¿Cree usted que los fallos a favor de los ellos; que cada vez son más, generan predictibilidad?
- 7.- Si hablamos de predictibilidad y de fallos a favor de los abuelos ¿Que pasaría con la institución de la patria potestad y su detentación exclusiva por parte de los padres? O más aún ¿qué pasaría con la tutela, caería en desuso?
- 8.- A manera de conclusión ¿Cree usted que el otorgamiento de la tenencia a los abuelos generaría como consecuencia la desnaturalización de la patria potestad?

*Pregunta dirigida solo para jueces

Anexo 2: Matriz Básica de Consistencia

Matriz Básica De Consistencia

Título del Proyecto:

“LA DESNATURALIZACIÓN DE LA INSTITUCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD POR EL EJERCICIO DE LA TENENCIA POR PARTE DE LOS ABUELOS”

Nombre del Tesista:

RAYMA LIZET ZAPATA RUIZ

	PREGUNTAS	HIPÓTESIS	OBJETIVO
General	¿Se produce la desnaturalización de la institución de la patria potestad cuando los abuelos ejercen la tenencia de sus nietos, bajo el argumento de la supremacía del interés superior del niño?	La desnaturalización de la institución de la patria potestad se produciría como consecuencia de la extensión del ejercicio de la tenencia a los abuelos, bajo el argumento de la supremacía del Principio del interés superior del niño, toda vez que histórica y doctrinalmente es una institución de ejercicio exclusivo de los padres.	Determinar si se produce la desnaturalización de la institución de la patria potestad cuando se les otorga a los abuelos la tenencia de sus nietos a fin de reconocer si es factible que pueda ser extendida a otros parientes que no sean los padres.
Específica	¿Cuál es el criterio idóneo para ponderar la tenencia de las niñas, niños y adolescentes cuando hay conflicto entre progenitor y abuelos?	Un criterio idóneo para ponderar el otorgamiento de la tenencia de un menor, en caso haya conflicto entre el progenitor y el abuelo, radicaría en evaluar si la convivencia con el padre o madre resulta perjudicial para el niño, de manera que excepcionalmente,	Analizar cuál es el criterio idóneo para ponderar la tenencia de las niñas, niños y adolescentes cuando hay conflicto entre progenitor y abuelos.

		de paso a la suspensión de la patria potestad y como efecto jurídico se declare judicialmente la guarda o la tutela del menor, en donde se favorecería a los abuelos.	
--	--	---	--

Anexo 3: Cronograma de Actividades

CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES								
AÑO			2019					
ACTIVIDADES	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SETIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE
ETAPA DE ANÁLISIS - METODOLÓGICA								
ANÁLISIS PREVIO	X							
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	X							
RECOPILACIÓN Y ORDENAMIENTO DE DATOS	X							
CLASIFICACIÓN DE DATOS	X	X						
ANÁLISIS CRÍTICO E INTERPRETATIVO	X	X						
ETAPA ELABORATIVA								
ANÁLISIS METÓDICO		X	X	X	X	X		
REDACCIÓN INICIAL		X						

PRESENTACIÓN DEL PROYECTO		X						
APROBACIÓN DEL PROYECTO			X	X				
INTERPRETACIÓN DE LA INFORMACIÓN				X				
SEGUNDA REDACCIÓN				X				
PREPARACIÓN BIBLIOGRÁFICA, CITAS, ANEXOS Y CUADROS ESTADÍSTICOS					X	X		
CORRECCIÓN E IMPRESIÓN DE LA TESIS							X	X
SUSTENTACIÓN								X

Anexo 4: Presupuesto

INVERSIÓN A LA INVESTIGACIÓN	S/. 5,850.00
FUENTE DE FINANCIAMIENTO	INGRESOS PROPIOS

RUBRO	CONCEPTO	COSTO
BIENES	IMPRESORA EPSON	S/. 500.00
	CARTUCHOS Y TINTAS	S/. 250.00
	HOJAS A4 (SIMILARES)	S/. 100.00
	MATERIAL DIDÁCTICO	S/. 150.00
SERVICIOS	PASAJES Y VIATICOS	S/. 200.00
	SERVICIO DE COPIAS	S/. 100.00
	SERVICIO DE TIPEO	S/. 250.00
	SERVICIO DE EMPASTADO	S/. 200.00
	INTERNET E IMPRESIONES	S/. 300.00
ASESORAMIENTO		S/. 3800.00
	TOTAL	S/ 5850.00

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACEDO PENCO, A. (2013). *Derecho de Familia*. Madrid: Dykinson.
- AGUILAR CAVALLO, G. (2008). El Principio Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- AGUILAR LLANOS, B. (2009). La Tenencia como atributo de la Patria Potestad y Tenencia compartida. *Derecho y Sociedad* N° 32, 191.
- AGUILAR, I. (2016). Programa de Derecho de Familia. corte de Justicia. (E. ALVAREZ DE OLAZABAL, Entrevistador) Lima.
- ALEGRE, S. (2014). *Unesco.org*. Obtenido de "El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas":
http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf
- ALEGRE, S., HERNÁNDEZ, X., & ROGER, C. (2014). *Cuaderno 5, del Sistema de Información de la primera infancia en América latina*. Obtenido de El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas.
- AMEGHINO, C. (s.f.). *USS.edu.pe*. Obtenido de . El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y funciones normativas del interés superior del niño.:
<http://www.uss.edu.pe/uss/RevistasVirtuales/ssias/ssias2/pdf/AmeghinoBautistaCarminZoraida.pdf>
- ARCANA SAMILLAN, J. G. (2018). *La Aplicación del Interés Superior del niño en la variación de tenencia*.
- ARELLANO RODRIGUEZ, P. L. (2014). La categoría jurídica del "hijo afín" a la luz del nuevo modelo de familia en el ordenamiento jurídico peruano. *IUS Jurisprudencia*, 101.
- BELTRAN PACHECO, P. (2009). El mejor padre son ambos padres: ¿Es viable la tenencia compartida en el Perú? *Boletín del Instituto de Familia Unife*, 59.
- BENNASAR, A. (s.f.). *Humanium.org*. Obtenido de Derecho a la Protección:
<https://www.humanium.org/es/derecho-proteccion/>
- BERMUDEZ TAPIA, M. (2012). *Derecho Procesal de Familia*. Lima: San Marcos.
- BONNECASE, J. (2012). *Contactox.net*. Obtenido de La importancia del Derecho Civil.
- BORDA, G. (1997). *Scribd*. Obtenido de Una Ley Esteril: <https://es.scribd.com/doc/Borda-Guillermo-Tratado-de-Derecho-Civil-F>

- BOSSERT, G., & ZANNONI, E. (2004). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Astrea.
- CABANELLAS DE TORRES, G. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental*. Perú: Heliasta S.R.L.
- CABELLO MATAMALA, C. (2017). Derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes en el proceso judicial. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*.
- CALDERÓN BELTRÁN, J. E. (2011). ¿LA MADRE CRÍA, EL PADRE PROVEE? Desterrando el mito respecto de la tenencia. *Dialogo con la Jurisprudencia Tomo 159*, 109.
- CANALES TORRES, C. (2014). Patria Potestad y Tenencia. *Dialogo con la Jurisprudencia*, 17.
- CHUNGA LAMONJA, F. (2008). *Derecho de Menores*. Lima: Grigley.
- CILLERO BRUÑOL, M. (s.f.). *Fundación Sur Argentina*. Obtenido de El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.:
http://surargentina.org.ar/materialinteres/material/09_material_complementario/03_el_interes_superior_del_nino_convencion_sobre_derechos_nino_cille.pdf
- CODIGO CIVIL FEDERAL. (1993). *OAS.org*. Obtenido de Código civil Federal:
<https://www.oas.org/dil/esp/C%C3%B3digo%20Civil%20Federal%20Mexico.pdf>
- CORNEJO CHAVEZ, H. (2000). *El Derecho Familiar peruano*. Lima: Gaceta Jurídica.
- DÁVILA BENDEZÚ, W. (s.f.). *Resultado Legal*. Obtenido de
<http://resultadolegal.com/regimen-de-visitas-tenencia-de-hijos/>
- DE LA FUENTE - HONTAÑÓN, R. (2018). "El Interés Superior del Niño y el derecho de los abuelos a la tenencia y custodia de los nietos: a propósito del acuerdo adoptado en el Pleno Jurisdiccional de Lima Este en materia de Familia". Piura.
- DUEÑAS TRIVIÑOS, W. U. (2018). *Otorgamiento de Tenencia de niños y adolescentes a personas distintas a padres*. Arequipa.
- DUGUIT, L. (1993). *Revista la Razon histórica*. Obtenido de Ni Poder ni Coacción:
<https://www.ugr.es/~redce/REDCE4/articulos/17duguit.htm>
- FREEDMAN, D. (s.f.). *Jura Gentium: Revista de Filosofía de Derecho Internacional y de la Política Global*. Obtenido de Funciones normativas del interés superior del niño: <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/freedman.htm>
- GALIANO-MARITAN, G., NOA PÉREZ, H., & MORFFI COLLADO, C. L. (2016). Las instituciones de guarda y cuidado en el ordenamiento familiar Cubano. *Entramado*, 117.
- GALLEGOS CANALES, Y., & JARA QUISPE, R. (2014). *Manual de Derecho de Familia*. Lima: Jurista Editores.

- GENERAL, C. (s.f.). *ConceptoDefinición.DE*. Obtenido de <https://conceptodefinicion.de/custodia-compartida/>
- HERRERA, M. (20014). *El Derecho de las familias desde y en la perspectiva de género*.
- INTERNATIONAL. (2013). *Enciclopedia del Derecho y las Ciencias Sociales*. Obtenido de <https://leyderecho.org/guarda-legal/>
- KRASNOW, A. (2008). El vínculo entre el padre afín y el hijo afín en las familias ensambladas. *IUS Jurisprudencia*, 55.
- LA LEY. (2015). Argentina: Chat por 'Whatsapp' también puede ser parte del régimen de visitas. *LA LEY*.
- LAFAILLE, H. (2001). *Revistas PUCP*. Obtenido de Mitos en torno al contenido del Derecho de Propiedad: [revistas.pucp.edu.pe › index.php › iusetveritas › article › download](http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download)
- LLANCARI, S. (2010). *Portal UNMSM*. Obtenido de El Interés Superior de la Niñez como principio fundamental en la Convención sobre los Derechos del Niño y en el código de los Niños y Adolescentes: <http://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/derecho/article/viewFile/10267/9004>
- LOPEZ CONTRERAS, R. E. (2015). *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales*. Obtenido de Interés superior de los Niños y Niñas: Definición y contenido: <http://www.scielo.org.co/pdf/rlcs/v13n1/v13n1a02.pdf>
- LÓPEZ DE QUEVEDO, S. (2004). Patria Potestad. *Jurisdicción de la Niñez y Adolescencia*, 92.
- MECA QUEREVALU, M., & TEMOCHE QUEZADA, G. (2015). *El debido proceso en la Filiación Judicial de Paternidad Extrmatrimonial frente al Derecho de Identidad*. Tesis de Maestría, Universidad Nacional de Piura, Piura.
- MEJIA ROSADO, R. (2009). *Estipulaciones de Autotutela para la propia capacidad incapacidad*. Lima: Grijley.
- MIMP. (2012). *Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2012-2021. Decreto Supremo N° 001-2012-MIMP*. Lima: MINISTERIO DE PROMOCIÓN DE LA MUJER Y DEL DESARROLLO HUMANO.
- MONROY GALVEZ, J. (1987). *Temas de Proceso Civil*. Lima: Studium.
- MORALES CERNA, J. A. (2014). La Problemática de la tenencia y tutela de los Niños y adolescentes solicitada por los abuelos. *Razón de Cambio*, 56.
- NAVARRETE PEREZ, J. (2013). *Diccionario Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- OSSORIO, M. (1974). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Datascan S.A.
- PASCO ARAUCO, A. (2013). *Diccionario Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

- PERALTA ANDÍA, J. R. (2003). *Derecho de Familia en el Código Civil*. Lima: Idemsa.
- PIZARRO AGUILAR, R. (2018). *Biblioteca Bina*. Obtenido de Los Equipos interdisciplinarios:
<https://www.binasss.sa.cr/bibliotecas/bhp/cupula/v8n17/art3.pdf>
- PLACIDO VILCACHAGUA, A. (2002). *Manual de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica.
- PLACIDO VILCACHAGUA, A. (s.f.). Familia, Niños, Adolescentes y Constitución. *Academia de la Magistratura*, 30, 32.
- PODER JUDICIAL. (03 de Febrero de 2016). *Poder Judicial*. Obtenido de Protocolo de actuacion para la comunicacion entre los Jueces de Familia y los equipos Multidiciplinarios:
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ccf0cf804ba8734782d7bb54a7d34d2f/RA+027->
- PODER JUDICIAL. (2019). *RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA N° 092-2019-P-CSJL/PJ*. Lima: CENTRO DE INVESTIGACIONES JUDICIALES.
- PROMUDEH. (2002). *Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2002-2010*. Lima: MINISTERIO DE PROMOCIÓN DE LA MUJER Y DEL DESARROLLO HUMANO. Obtenido de Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2002-2010.
- RAFFINO, M. E. (4 de enero de 2019). "Familia".
- RAMOS MILLONES, R. (10 de Abril de 2018). *Blog Temas de Derecho*. Obtenido de Tenencia del Menor: <http://sobretododebates.blogspot.com/2008/04/sobre-la-tenencia-del-menor.html>
- RAMOS, P. (s.f.). *Derecho de la personalidad*. Bogotá.
- REBAZA MARTELL ALEJANDRO, CRUZ SANDOVAL GONZALO, MALDONADO PEREZ JENNIFER. (2016). *DEFINICIONES JURIDICAS*. 39- 652.
- REBAZA MARTELL, Alejandro; CRUZ SANDOVAL, Gonzalo y MALDONADO PEREZ, Jennifer. (2016). *DEFINICIONES JURIDICAS*. LIMA: FFECAT.
- RIOJA, A. (s.f.). *Blog Pontificia Universidad Católica del Perú*. Obtenido de ¿Qué son los derechos de la personalidad?: <http://blog.pucp.edu.pe/item/165140/que-son-los-derechos-de-la-personalidad>
- RIVERA, K. (2018). *Derecho y Sociedad*. Obtenido de La afectación del Principio Superior del Niño a partir de la presunción Pater is est.
- ROJAS JULCA, D. R. (2018). *El Principio DEl Interés Superior del niño en el Perú*. Trujillo.
- RUBIO CORREA, M. (2000). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU.

- RUIZ PEREDA, Dennis & VIZCONDE CIPRIANO, Harish. (2016). *Derecho a la Identidad como objeto de Protección de la Ley N°28457 que regula el proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial*. Tesis para optar por título de abogado, UNIVERSIDAD NACIONAL DE TRUJILLO, FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS, Trujillo.
- SANTAELLA, C. (2017). *Monografias.com*.
- SANZ-DIEZ, J. (s.f.). Obtenido de La Filiación: [http://www.uned.es/escuela-practica-juridica/Documentacion%20Familia%20II%20\(Filiacion%20clases%20y%20determinacion.pdf\).pdf](http://www.uned.es/escuela-practica-juridica/Documentacion%20Familia%20II%20(Filiacion%20clases%20y%20determinacion.pdf).pdf)
- SOLER, V. (2016). *Desarrollo socioafectivo*. Madrid: Síntesis.
- SOTOMARTNO CACERES, R. (2003). *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica.
- TOMAYLLA ROJAS, M. M. (2013). *Diccionario Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- TORREALVA, T., CUGNASCO, I., MANSO, M., SAUTON, F., FERRERO, M., O'DONNELI, A., . . . CARMUEGA, E. (1999). Obtenido de "Desarrollo mental y motor en los primeros años de vida: su relación con la estimulación ambiental y el nivel socio-económico": https://www.researchgate.net/profile/Esteban_Carmuega/publication/240618795_Desarrollo_mental_y_motor_en_los_primeros_anos_de_vida_su_relacion_con_la_estimulacion_ambiental_y_el_nivel_socioeconomico_Articulo_original/links/0c960528de5813b867000000/Desar
- TORRES OJEDA, R., & CHAVEZ SÓRGE, D. (9 de Marzo de 1987). *Micro Iuris.Com*. Obtenido de <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:LpGew8DwIdQJ:https://noticiasmicrojuris.files.wordpress.com/2013/07/118dpr469.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=pe>
- TRAZEGNIES, F. (1999). *La Familia en el Derecho Peruano*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- VARGAS SOTO, S. (10 de mayo de 2013). *Ius Et Veritas*. Obtenido de <http://ius360.com/privado/civil/sobre-la-legitimidad-para-obrar-en-el-proceso-civil-comentarios-a-la-casacion-no-1545-2010-lima/>
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. (08 de agosto de 2017). *ALCANCES Y LIMITES DE LA LEY QUE MODIFICA EL PROCESO DE FILIACION EXTRAMATRIMONIAL*. Obtenido de sitio web Legis.pe.
- VILLARREAL CORDOVA, Z. J. (2017). *La Determinación de la Filiación Biológica, en la Maternidad Subrogada, en su variante Heteróloga*. (Tesis para obtener título de abogado), Universidad Nacional de Piura, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Piura.

- ZAJAC, K. J. (2018). *Zajac Law Firm*. Obtenido de <https://www.zajaclawfirm.com/Articulos/Cual-es-la-diferencia-entre-un-Padre-Legal-y-un-Padre-Biologico.shtml>
- ZERMATTEN, J. (2003). *Childs Rights*. Obtenido de El interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico: http://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf
- ZUTAL VIDAL , E. (08 de Noviembre de 2011). *Enfoque Derecho*. Obtenido de Tenencia Compartida o Responsabilidad Conjunta ¿Es una solución viable?: <https://www.enfoquederecho.com/2011/11/08/tenencia-compartida-o-responsabilidad-parental-conjunta-es-una-solucion-viable/>